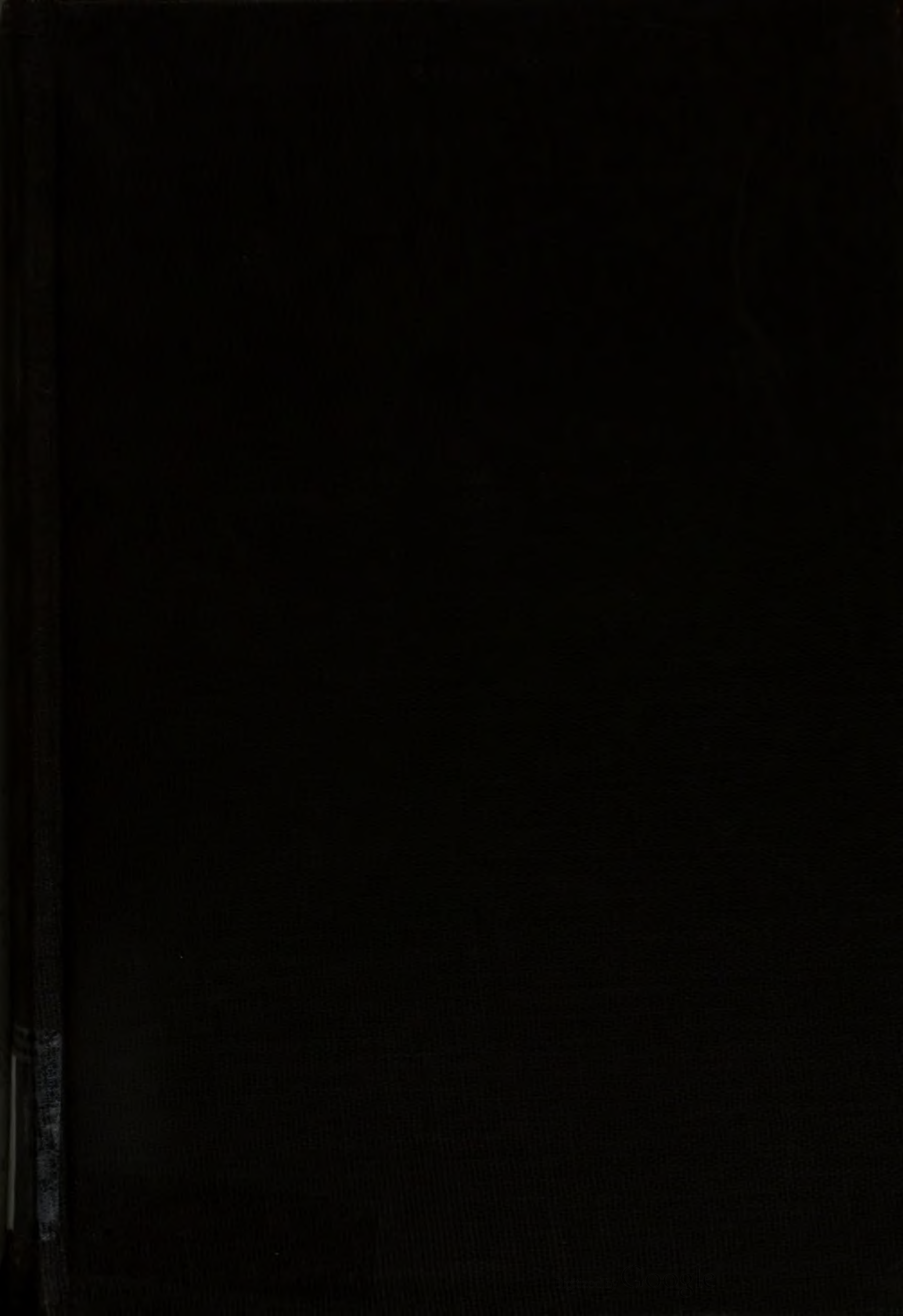
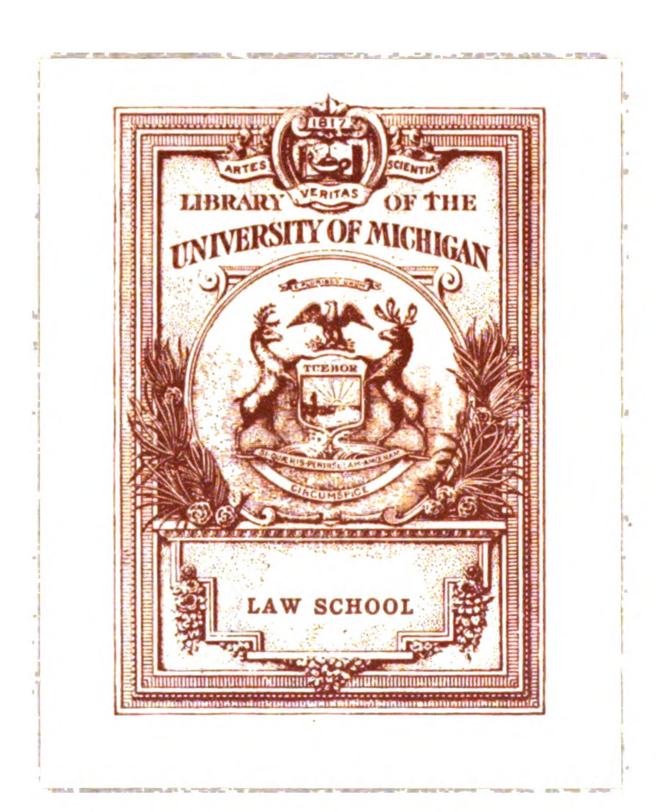





1817
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
CIRCUMSPICE
LAW SCHOOL


Digitized by Google

ARCHIV
FÜR
STRAFRECHT
UND
STRAFPROZESS.

BEGRÜNDET DURCH DR. GOLTDAMMER.

Unter Mitwirkung von

Prof. Dr. v. BIRKMEYER, München, — Prof. Dr. van CALKER, — H. DIETZ, Kriegsgerichtsrat, Raſtatt, — Se. Exz. Wirkl. Geh. Rat Dr. DORNER, Oberlandesgerichtspräſident a. D., Karlsruhe, — Prof. Dr. FINGER, Halle, — Prof. Dr. GRETENER, Breslau, — Prof. Dr. HEILBORN, Breslau, — Dr. HÜBSCH, Miniſterialdirektor, Karlsruhe, — Prof. D. Dr. KAHL, Berlin, — Prof. A. KÖHLER, Jena, — Prof. Dr. OETKER, Würzburg, — OLBRICHT, Erſter Staatsanwalt, Görlitz, — Se. Exz. Dr. v. OLSHAUSEN, Wirkl. Geh. Rat, Senatspräſident am Reichsgericht a. D., Berlin, — Dr. RISSOM, Kriegsgerichtsrat, Flensburg, — SIEBURG, Geh. Juſtizrat, Oberlandesgerichtsrat, Celle, — STUBENRAUCH, Geh. Juſtizrat, Berlin, — Se. Exz. Prof. Dr. WACH, Wirkl. Geh. Rat, Leipzig, — Prof. Dr. WACHENFELD, Roſtock, — WIRZ, Erſter Staatsanwalt.

unter ſtändiger Mitarbeiterſchaft von

Se. Exz. Wirkl. Geh. Rat Dr. ZWEIGERT, Oberreichsanwalt, Leipzig, — Prof. Dr. JAMES GOLDSCHMIDT, Berlin, — Prof. Dr. KLEE, Kammergerichtsrat, Professor, Berlin, — Dr. ALSBERG, Rechtsanwalt, Berlin, — Reichsarchivrat KNAPP, München, — Kriminalkommiſſar Dr. ANUSCHAT, Berlin, — Landgerichtsrat Dr. ALB. HELLWIG, Frankfurt (Oder),

herausgegeben von

PROF. DR. JOSEF KOHLER †

Geheimer Juſtizrat, Berlin.

67. Band

Berlin 1919.
R. v. Decker's Verlag
G. Schenck.



Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Bd. 67.

Altenburg
Piererſche Hofbuchdruckerei
Stephan Geibel & Co.



Inhaltsverzeichnis.

Abhandlungen.

Aus der Praxis.

Übersicht über die Stellen in deutschen Gesetzen, Verordnungen usw., auf die sich die mitgeteilten Entscheidungen des Reichsgerichts, des Preußischen Oberverwaltungsgerichts und der Oberlandesgerichte beziehen.

(Die Entscheidungen des Kammergerichts sind mit »KG.«, die der Oberlandesgerichte mit dem Sitze des Gerichts, die des Preußischen Oberverwaltungsgerichts mit »OVG.« bezeichnet. Die übrigen Entscheidungen sind Entscheidungen des Reichsgerichts.)

Deutsches Reich.

FESTGABE ZUM 70. GEBURTSTAG JOSEF KOHLERS
AM 9. MÄRZ 1919.

ARCHIV FÜR STRAFRECHT UND STRAFPROZESS.

BEGRÜNDET DURCH DR. GOLTDAMMER.

Unter Mitwirkung von

Prof. Dr. v. BIRKMEYER, München, — Prof. Dr. v. CALKER, Straßburg i. E., — H. DIETZ, Kriegsgerichtsrat, Rastatt, — Se. Exz. Wirkl. Geh. Rat Dr. DORNER, Oberlandesgerichtspräsident a. D., Karlsruhe, — Prof. Dr. FINGER, Halle, — Prof. Dr. GRETENER, Breslau, — Prof. Dr. HEILBORN, Breslau, — Dr. HÜBSCH, Ministerialdirektor, Karlsruhe, — Prof. D. Dr. KAHL, Berlin, — Prof. A. KÖHLER, Jena, — Prof. Dr. OETKER, Würzburg, — OLBRICHT, Erster Staatsanwalt, Görlitz, — Se. Exz. Dr. v. OLSHAUSEN, Wirkl. Geh. Rat, Senatspräsident am Reichsgericht a. D., Berlin, — Dr. RISSOM, Kriegsgerichtsrat, Flensburg, — ROTERING, Landgerichtsdirektor, Magdeburg, — SIEBURG, Geh. Justizrat, Oberlandesgerichtsrat, Celle, — SPANGENBERG, Wirkl. Geh. Ober-Reg.-Rat, Berlin, — STUBENRAUCH, Geh. Justizrat, Berlin, — Se. Exz. Prof. Dr. WACH, Wirkl. Geh. Rat, Leipzig, — Prof. Dr. WACHENFELD, Rostock, — WIRZ, Erster Staatsanwalt am Oberlandesgericht, Colmar i. E.,

unter ständiger Mitarbeiterschaft von

Se. Exz. Wirkl. Geh. Rat Dr. ZWEIGERT, Oberreichsanwalt, Leipzig, — Professor Dr. J. GOLDSCHMIDT, Berlin, — Dr. KLEE, Staatsanwaltschaftsrat, Professor, Berlin, — Dr. ALSBERG, Rechtsanwalt, Berlin, — Reichsarchivrat Dr. KNAPP, Reichsarchiv München, — Kriminalkommissar Dr. ANUSCHAT, Berlin, — Amtsrichter Dr. ALB. HELLWIG, Berlin,

herausgegeben von

PROF. DR. JOSEF KOHLER,
Geheimer Justizrat, Berlin.

67. Band ▫ Heft 1—4.

Berlin 1919.
R. v. Decker's Verlag
G. Schenck.

Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Bd. 67.

Altenburg
Piererche Hofbuchdruckerei
Stephan Geibel & Co.

Hochverehrter Herr Jubilar!

IN den schmerzvollen Tagen des Zusammenbruchs des alten Reichs rang sich aus Kummer und Besorgnis mit elementarer Kraft der Plan hervor, Ihnen zum 70. Geburtstag den Glückwunsch Ihrer Mitarbeiter und des Verlages in Gestalt einer Festgabe im Rahmen des Archivs darzubringen. Nicht geringe Schwierigkeiten, technischer und persönlicher Art, standen bis zuletzt entgegen, manch einer der Freunde und Verehrer mußte darauf verzichten, mitzuwirken. Und doch — wie konnte für uns der Tag ungefeiert bleiben, da Josef Kohler das biblische Alter erreicht!

Nur eine Seite des in der neueren Geschichte wohl einzig dastehenden weitumfassenden Wirkens Ihres Geistes spiegelt sich in den als Festgabe ausersehenen vier ersten Heften dieses Bandes wider. Aber wir wissen, daß Ihr Auge mit besonderer Liebe auf den durch historische und rechtsvergleichende Forschung vertieften Problemen des Strafrechts und seiner Pflege ruht. Ständig — nicht zuletzt in den Spalten dieser Zeitschrift — neu quellende fruchtbarste Anregung danken Ihnen beide Wissenszweige, danken Ihnen die Jünger des Rechts und seine berufenen Hüter. Die sich

mit Stolz Ihre Schüler nennen, vereinigen sich mit den Freunden zu dem herzlichen Wunsche: Möge der Meister seiner Familie, dem Vaterland und der Welt der Wissenschaft noch viele Jahre in rüstigem Schaffen erhalten bleiben, möge sein lauterer Idealismus, den auch der Zeiten dumpfer Ernst nicht hat brechen können, allen Zweifelnden und Schwankenden voranleuchten bei neuem kraftvollem Aufstieg zu den Höhen der Erkenntnis und der Tat gewordenen Menschenliebe!

Berlin, im März 1919.

Für die Mitarbeiter:
Goldschmidt, Klee.

Für R. v. Decker's Verlag:
B. Schenck.

Inhaltsverzeichnis.

Aus der Praxis.

Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts. Mitgeteilt vom Wirklichen Geheimen Rat, Oberreichsanwalt Dr. Zweigert, Leipzig.

Entscheidungen deutscher Oberlandesgerichte. Kammergericht. Mitgeteilt von Geh. Justizrat Stubenrauch, Berlin.

Das ältere spanische Münzwesen.

Von Ernst Mayer, Würzburg.

Zu den wichtigsten Problemen der Strafrechtsgeschichte gehört die Frage nach der Größe der germanischen Wergelder. Hier bietet, wie so oft, das spanische Recht ganz unerwartete Aufschlüsse. Um aber diese richtig bemessen zu können, ist eine Prüfung des spanischen Münzwesens notwendig, die im folgenden gegeben werden soll. Was hier geboten wird, ist also als Vorarbeit zu einem der bedeutendsten Gegenstände der Strafrechtsgeschichte zu fassen.

A. Goldmünzen.

I. Morabetini (Mancus). 1. Am besten beginnt die Untersuchung mit den morabetini, deren Vorkommen am sichersten zurückverfolgt werden kann.

a) Die morabetini, die in Spanien zunächst als Goldmünzen erscheinen, sind natürlich die von den Almoraviden in Afrika und auf der Halbinsel seit Mitte des 11. Jahrhunderts geschlagenen Stücke (»Dinare«). Regelmäßig haben sie ein Gewicht von 4,15—4,20 g, sinken aber — nicht sehr häufig — bis zu 3,90 g herab [1]). Erst zu Ende des 12. Jahrhunderts, unter den Almohaden, werden noch schwerere Stücke, um 4,60 g herum, geschlagen [2]). Jene morabetinischen Goldmünzen sind aber keine Neuerung; vielmehr ist schon vorher, vor allem vom Beginn des 10. Jahrhunderts ab, Gold in Beträgen von 3,90—4,20 g gemünzt worden [3]), und die Veränderung unter den Almoraviden scheint nur darin zu bestehen, daß man sich jetzt im ganzen mehr an der Höchstgrenze von 4,15—4,20 g bewegt.

Etwa die gleiche Münze wie der morabetinus kehrt in den beiden Teilstaaten Leon und Kastilien für die zweite Hälfte des 12. Jahrhunderts wieder. Bald trägt sie den Kopf des Königs und sein Wappen mit lateinischer Aufschrift; so die Goldmünze von Leon [4]). Bald ist

---

[1]) Lavoix, Catalogue des monnaies musulmanes. Espagne et Afrique 1891. n. 507 ff. — Codera numismatica arabigo-española enthält nur für das 8. Jahrhundert Gewichtsangaben und ist deshalb hier nicht zu verwenden.

[2]) Ebenda n. 729 ff.

[3]) Lavoix 184, 233, 234, 260, 261, 262, 264, 265, 266, 268, 270, 271, 272, 401, 405, 411. Demgegenüber ein paar noch schwerere Stücke: 269 (4,56 g), 273 (4,60 g) und einzelne leichtere zu etwa 3,60 g: 235, 263, 267, 402, 403. Die vorstehenden Belege beziehen sich auf die Zeit vom Beginn des 10. Jahrhunderts. Für den Anfang des 8. Jahrhunderts Codera S. 47 n. 26, 27; S. 53 n. 29, 30.

[4]) Haiss, Descripcion general de las monedas hispano-christianas I S. 19; dazu Platte 3. Fernando II. 1.

das Stück vollständig dem arabischen Vorbild nachgeahmt und trägt arabische Aufschrift; so die Goldmünzen des Alfons VIII. von Kastilien, in dessen Gebiet so viele Mozaraber wohnen [5]). Die Münzen von Leon kommen im Gewicht von 3,85 g vor [6]). — Die letztere Münze aber, der aureus Alfonsinus, ist im spanischen Nordosten mit dem gleichbedeutend, was als morabetinus bezeichnet wird [7]), und ebenso spricht man in Portugal vom morabetinus alfonsinus und vom morabetinus Legionis, wobei letzterer jetzt $\frac{9}{10}$ ($\frac{27}{30}$) des ersteren ist [8]).

Da in Westspanien mit Einschluß von Portugal die Kölner Mark gebraucht wird [9]), die man in Spanien nicht genau zu 233 g, sondern zu 230 g berechnet [10]), und die ebenfalls bekannte Troymark zu $\frac{20}{19}$ der Kölner Mark für andere Metalle als die edeln sowie für Spezereien zur Anwendung kommt [11]), so folgt daraus, daß ein morabetinus zu 3,85 g, also jedenfalls der morabetinus von Leon, $\frac{1}{60}$ Mark Gold ist (genauer 1 Mark = 59,6 solcher morabetini). Damit stimmt, daß in der Tat 1213 vom päpstlichen Legaten für Portugal 3360 morabetini für 56 Mark Gold vereinnahmt werden, also die Mark in 60 morabetini zerfällt [12]).

---

[5]) Haiss I S. 29 ff.; dazu Platte 4; Lavoix a. a. O. S. XXXI. — Codera a. a. O. S. 213 ff.

[6]) Haiss a. a. O. I S. 19: Dieser flüchtige Schriftsteller behauptet ganz allgemein ein Gewicht von 3,85 g auch für den Alfonsinus. Aber er gibt keine Belege.

[7]) Im Recht von Cuenca (ed. Allen in Cincinnati University studies ser. II vol. 6) und dem davon abgeleiteten Fuero von Zorita (ed. Rafael de Ureña y Smenjaud in Memorial historico español t. 44) heißt das moravedi, was in der Fassung von Teruel (forum Turolii ed. Fr. Aznar y Navarro in Coleccion de documentos para el estudio de la historia de Aragon t. 2) als aureus Alfonsinus vorkommt: so Teruel 425 (S. 227) mit Cuenca XXIX § 27 (Zorita 603); Teruel 446 mit Cuenca XXX 62 (Zorita 670).

[8]) M. Portugaliae leges I S. 192, 1253 et morabetinus novus de auro valeat 22 solidos. Et morabetinus vetus valet 27 solidos. Et quadratus de auro valeat 45 sol. Et morabetinus Alfonsinus valeat 30 solidos. Dazu I S. 211, 1261, preterquam in illis locis, ubi currunt morabetini veteres de 27 solidos pro morabetino vel morabetini Legionis.

[9]) Cortes de los antiguos reinos de Leon y de Castilla I S. 534 t. 58 (Alcala 1348) oro e plata e todo byllon de moneda, que se pese por el marco de Colonna e que aya en el todo 8 onzas. Et cobre e fierro e estanno e plomo e azogue e miel e cera e azeita e lana e los otros averes que se venden a peso, que se pesen por el marco de Tria e que aya en el marco 8 onzas e en la libra 2 marcos. M. Port. leg. I S. 211, 1261 videlicet quod ad 11 marcas cupro admisceatur una marca puri argenti per marcham de Colonia de 8 uncios in marca. Darüber, daß in Toledo der marco de Colonia soviel wie der marco Alfonsi ist, siehe Salat, Tratado de las monedas labradas en el principado de Cataluña I (1818) S. 38 n. 3.

[10]) Noback, Vollst. Taschenbuch der Münz-, Maß- und Gewichtsverhältnisse I S. 608.

[11]) So das Statut von Alcala in N. 9.

[12]) Herculano, Historia de Portugal II S. 180, 463. Schon Le Blanc, Traité historique des monnoyes de la France 1693 S. 165 III hat die Nachricht verwendet.

Die arabischen Nachrichten haben erwiesen, daß im mohammedanischen Bereich während des 11. und 12. Jahrhunderts der morabetinus weiter überwiegend 4,1—4,2 g beträgt. Bei 4,1 g kommt man auf 56 morabetini aus der Kölner Mark von 230 g, bei 4,2 g auf 54,7 morabetini aus dem gleichen Betrag. Nun hat sich vorher in Portugal gezeigt [13]), daß der morabetinus Alfonsinus $\frac{10}{9}$ des morabetinus vetus oder Legionis ist: das ergibt dann einen morabetinus, von dem 54 auf die Mark gehen, wenn man den morabetinus Legionis (vetus) zu $\frac{1}{60}$ Mark rechnet; d. h. der Alfonsinus würde ungefähr dem arabischen morabetinus zu 4,25 g entsprechen [14]).

Kann man den Angaben von Salat, die freilich so weit nicht belegt sind, trauen, so sind auch in Barcelona morabetini Alfonsini, die ja in der Nachbarschaft gebraucht wurden, geprägt worden, und zwar zu 23 quilates, also zu einem Feingehalt von $\frac{23}{24}$ Gold [15]); daneben kommen hier morabetini de tabla zu 22 quilates vor [15]). — Nun werden in einer katalonischen Nachricht wohl des 12. Jahrhunderts auf die uncia auri cocti 7 morabetini, also auf die Mark fein 56 morabetini, gerechnet [16]). Und die gleiche Relation begegnet noch in zwei späteren Nachrichtenreihen, die zeigen, daß hier im Osten stets diese Ausmünzung in Geltung blieb. Einmal halten die katalonischen Cortes von Perpignan von 1350 und 1351, wo freilich, wie später zu erörtern ist, der morabetinus bereits zu einer Zähleinheit der effektiven Silbermünze (im Wert von ¼ solidus auri) herabgesunken ist, noch immer daran fest, daß der morabetinus $1/7$ der Unze ist; letztere bedeutet natürlich dann auch nur mehr Silberzählgeld [17]). — Dann aber wiederholt sich der gleiche Ansatz in einer Münztafel, die in einer Vielzahl von Fassungen erscheint; ich vermag das Alter nicht sicher zu begrenzen [18]). Auch hier wird von

---

[13]) N. 8.

[14]) Es ist also die Behauptung von Haiss irrig (oben N. 6), der auch die alfonsini auf 3,85 g berechnet.

[15] Salat, Tratado de las monedas labradas en Cataluña I S. 21 n. 11.

[16]) Cortes de los antiguos reinos de Aragon y de Valencia: Cortes de Cataluña I S. 12 n. 44: 60 uncie auri cocti valentes 420 morabetinos.

[17]) Cortes de Cataluña I S. 394, c. 36 cum de valore suprascriptarum monetarum, de quibus in usaticis Barcinone mentio fit, sepe in iudiciis dubitetur, declaramus et edicimus, quod morabetinus, de quo in dictis usatiis mentio fit, valet 4 solidos moneta Barchinone de terno; uncia vero auri cocti 28 solidos dumtaxat. Solidus vero aureus valet 16 solidos dicte moneta. Argenteus vero solidus vel plate, quod idem est, valet 2 solidos moneta predicta; mancusus vero auri Valencia valeat 16 denarios ipsius moneta.

[18]) Sie kommt einmal (A.) in einem Text der l. Visigoth. aus dem Eskorial vor, der in Memorias de la real academia de la historia t. 2 S. 606 und daraus bei Salat I S. 94 gedruckt ist. Die knappe Beschreibung in den Memorias l. c. läßt weder Entstehungszeit noch Entstehungsort des Textes ersehen; Zeumer hat den Text offenbar nicht benutzt, wie schon die spanische Kommission für die Ausgabe von 1815 ihn nicht kennt (fuero juzgo; prologo). Dann (B.) die Form, die Marca,

einem Zählgeld ausgegangen, das sich in libra, uncia, morabetini spaltet und wiederum auf den Betrag von $^1/_4$ des effektiven Goldgelds (solidus auri) herabgesunken ist; so wird es sich wohl auch hier durchweg um eine katalonische Nachricht handeln, wie denn auch zwei Texte zweifellos dem katalonischen Gebiete angehören. Nach der Aufzeichnung wird nämlich in der Reihe des Zählgelds die Unze als 7 morabetini und so die libra als 84 morabetini gedacht. — Rechnet man dann nach dem Vorausgehenden den morabetinus alfonsinus wie den arabischen morabetinus zu $\frac{1}{64}$ Mark, so gilt der morabetinus de tabla zu 22 quilates = $\frac{1}{57,4}$ Mark, nähert sich also dem morabetinus von Leon, wenn er ihm auch nicht ganz entspricht.

Marca hispanica app. n. 183 einer Urkunde von 1020 zufügte und die natürlich mit dieser Urkunde nichts zu tun hat. Endlich (C.) eine katalanische Übersetzung in Constitutions y altres drets de Cathalunya Barcelona. 1588 X. II. 1. (S. 531).

A.	B.	C.
solidus auri valet 8 argent.	solidum aureum habet 8 argenteos.	sou de or ha vuyt argents.
	argenteus unus ponderatur 22 grana hordei.	
uncia auri valet 14 argent.	uncia vero habet 18 argenteos et medium.	unça quatorze.
libra auri valet 21 sold.	libra vero auri habet 11 (!) solidos.	liura de or vint y un sou.
solidus valet 4 morabos.	solidus quoque valet 4 morabetinos.	lo sou val quatre morabos.
	uncia vero 7.	la unça set morabetins.
libra auri valet 84 morabos.	libra namque 84.	la liura val setanta quatre (!) morabetins.
100 solidi auri valent 400 morabos.	100 solidi auri valent 400 morabetinos.	
manc(us) auri (V)alantiae 2 morabos.		
	et 300 solidi valent morabetinos 1200.	
		cent liuras de or de Valentia han ensi dos milia e cent sous de or, qui valent vuyt milia e quatre cents morabetins.
	100 unciae Valentiae valent 200 morabetinos.	cent unças de or de Valentia valen dos cents morabetins.
	et 3 mancusus et $^1/_2$ aes (?) de auro unus morabetinus.	et quatre mancusos e mig de aquell or valen un morabeti.
		Et set mancusos de aquell mateix or fan una unça qui val dos morabetins.
	mancusus valet 16 (Druck unklar) denarios.	

b) Angeblich 1135 werden in Navarra morabetini erwähnt, von denen 412 soviel als 41 Mark und 1 ferto sind, so daß also die Mark 10 moravedis hat [19]); dieser moravedi hat demnach nur $\frac{128}{180}$, d. h. $\frac{7}{10}$ des gewöhnlichen Werts.

Auf das gleiche führen aber annähernd auch andere Reihen. In Portugal begegnet 1253 ein morabetinus novus de auro im Betrag von $\frac{22}{30}$, also $\frac{44}{60}$ des alfonsinus; der quadratus de auro aber ist das Doppelte dieses leichteren morabetinus [20]). — Genau so wird in einer kastilischen Münztafel, die in Burgos aufbewahrt ist und nicht jünger als die Zeit Peters I. sein kann (1350—1369) [21]), von einem maravedi chico, also einem kleinen maravedi, gesprochen. Einmal wird derselbe zu maravedis de la moneda usual berechnet, und hier schwankt der Ansatz zwischen $4 + \frac{1}{2} — \frac{1}{3}$ und $4 — \frac{1}{3}$ [22]), während der maravedi mayor, der die ursprünglich mit dem maravedi de oro gleichwerte Zählmünze ist, 6 maravedis de moneda usual ausmacht, wie bald nachher zu erörtern ist. Dann aber wird dieser maravedi mayor auf 15 sueldos berechnet, der maravedi chico auf $[15 — (5\frac{1}{2} + \frac{1}{12})]$ sueldos [23]). Letzterer Ansatz — $\frac{113}{180}$ des mayor — stimmt mit dem Ansatz zu $3^2/_3$ maravedis usuales ($\frac{110}{180}$) so vollständig überein, daß dieser richtig und der zu $(4^1/_2—^1/_3)$ maravedis usuales irgend verschrieben sein muß.

Endlich aber kommt in Betracht, daß die dobla del oro in Kastilien 1268 das $^3/_2$ fache des maravedi alfonsi beträgt [24]), also die Einheit, welche zugrunde liegen muß, ¾ des letzteren Stücks ausmacht: mit $\frac{135}{180}$ kommt dieses Verhältnis dem des morabetinus, wie er in Navarra angeblich schon im 12. Jahrhundert auftritt, sehr nahe.

---

[19]) Yanguas, Diccionario de antiguedades del reino de Navarra II S. 388.

[20]) Oben N. 8.

[21]) Sie enthält eine Zusammenstellung der Münzen, die 1. in den ordenamientos de los reyes pasados, 2. im fuero de las leyes, also im fuero real (Marina ensayo sobre la legislacion . . . de los reinos de Leon y Castilla [2] S. 276), 3. im fuero von Sepulveda und daneben auch im fuero de Consuegra, einer Ableitung des fuero von Cuenca gebraucht werden. Der für das Folgende überall sehr wichtige Text steht bei Callejas fuero de Sepulveda 1857, S. 177 ff.

[22]) Ebenda S. 180 el maravedi mayor face seis (sc. maravedis) de esta moneda usual; el maravedi de este fuero face quatro e medio menas tercia de esta moneda usual. S. 178 el maravedi chico son tres mencales e medio. Estos tres mencales e medio (sc. der maravedi chico) son cuatro menos tercio (sc. maravedis) de la moneda usual. Nach der ersten Angabe wäre der maravedi chico $\frac{125}{180}$ der maravedi mayor; nach der zweiten $\frac{110}{180}$.

[23]) Ebenda S. 178 el maravedi mayor vale quince sueldos de estos, que son seis maravedis . . . El maravedi chico es menor, que el mayor cinco sueldos e medio e un burgales, d. h. der chico ist $\frac{113}{180}$ des mayor.

[24]) Cortes de los antiguos reinos de Leon y de Castilla I S. 64 la dobla del oro vala 3 mrs. et el mr. de oro alfonsi dos mrs.; el marco de la plata fina, que den en la moneda 15 mrs.

c) Neben diesen morabetini, deren Größe bestimmt ermittelt werden kann, wird aber während des 12. Jahrhunderts auch sonst noch, insbesondere im Osten, eine Reihe von morabetini genannt; so die mazmudinas (mazmutinas iucefinas), die gleich groß den maravedis alfonsinos sind [25]), dann morabetini merchaders, morabetini de barba roja, morabetini marini, morabetini ayadini, morabetini lupini, morabetini avinayars, morabetini amphorcini, morabetini lobecii [26]). Die lupini, avinayars, ajadini, amphorcini werden dabei auf 6½—7 solidi barcinonenses gerechnet und erweisen sich damit wiederum als gleich mit den morabetini alfonsini [27]); so wird es sich überhaupt nur um verschiedene christliche und arabische Ausprägungen der gewöhnlichen Goldmünzen zu 4,1—4,2 g handeln.

2. Auf ganz Altes geht es zurück, wenn in der Mitte des 14. Jahrhunderts für Katalonien die geprägte Goldmünze als solidus aureus aufgefaßt wird; es kann darunter nichts anderes gemeint sein, als was früher der morabetinus aureus war [28]).

3. Mit dem morabetinus, von dem 7 auf die Unze, also 84 auf das Pfund gehen, ist dann der mancus von Barcelona gleich, von dem 1073 7 eine Unze ausmachen [29]). — Der gleiche Ansatz wiederholt sich in der einen Rezension der katalonischen Münztafel; hier gehen 7 mancus von Valencia auf die Unze [30]).

Dagegen rechnet mit 6 Goldstücken — solidi — auf die Unze die schwierige, später noch einmal zu erörternde Notiz des Codex Legionensis der l. Visigoth. von 1020, die in einer Papierhandschrift des 14. Jahrhunderts wiederholt ist [31]).

Es ist nun klar, daß das Goldstück, von dem 7 auf die Unze, 84 auf das Pfund gehen, dem leichteren gallischen solidus entspricht, wie er im Westen des Reichs seit der spätrömischen Zeit geprägt wurde [32]); auch die Araber in der voralmohadischen Zeit haben ihn aufgenommen. Das schwerere Stück, wie es die Araber seit den Almohaden prägen,

---

[25]) Yanguas II S. 388, 1209, mazmutinas, mazmudinas, mezmudinas o muzmedinas valian como los maravedis alfonsinos; pero las habia de oro y de plata. Una mealla muzmedina iuzefina valia 6 sueldos sanchetes de oro; dazu S. 388 oben, wonach 1214 der alfonsinus = 6 sueldos y 4 dineros.

[26]) Balari y Iovany, Origines historicos de Cataluña S. 672 ff. Brutails, Ét. sur la condition des populations rurales de Roussillon au moyen âge S. 55.

[27]) Balari S. 672 f.; Brutails S. 55.

[28]) Oben N. 9.

[29]) Yanguas II S. 387; Salat a. a. O. I S. 92 bietet dazu südfranzösische Belege, die aber nicht genau zitiert sind.

[30]) Die Form C. in N. 18.

[31]) L. Visig. ed. Zeumer S. 464; die zugrunde liegenden Texte sind V. 15 (prol. S. XXIV) und V. 9 (S. XXIII); dazu fuero juzgo 1815 S. 147, wo diese Textverhältnisse klarer werden als in der Monumentenausgabe.

[32]) Babelon, Traité des monnayes grecques et romaines I col. 538 ff.



ist der römisch-byzantinische solidus [33]), der als besant in dem katalonischen Seerecht wiederkehrt [34]). Wenn während des 10. Jahrhunderts in Portugal, wo sonst arabische solidi kursieren, einmal solidi Romani genannt werden [35]), so ist es recht wahrscheinlich, daß darunter gerade jene schwereren byzantinischen Goldstücke gemeint sind.

So ist die nordspanische Goldwährung nichts anderes als die römische Goldwährung, die im arabischen Südteil der Halbinsel wie im sonstigen arabischen Reich und in Byzanz nie erlosch, wenn schon im arabischen Spanien während der ersten beiden Jahrhunderte der große Goldsolidus im wesentlichen auch zurückgetreten zu sein scheint. In Nordspanien aber setzte der große solidus ebenso vollständig aus wie nachher im fränkischen Reich. Erst später wird auf ihn zurückgegriffen. In Spanien geschah das bereits im 12. Jahrhundert. Die Bewegung setzt sich dann nach Frankreich und Italien fort: denn die agnels, wie sie seit Ludwig dem Frommen in Frankreich zu $59^1/_6$ auf die (Troy-) Mark geschlagen werden [36]), entsprechen in der Stückelung vollkommen dem spanischen morabetinus Legionis zu 60 auf die Mark, nur daß eben hier die Kölner Mark, dort die um $\frac{1}{80}$ größere Troymark zugrunde gelegt wird. Der aureus, von dem in Florenz [31]) seit 1252 96 auf das Pfund und 64 auf die Mark geschlagen werden, und der fast gleichzeitige venezianische Dukaten (Zechine), von dem 67 auf die ein klein wenig größere venezianische Mark gehen, ist wieder nichts anderes als eine noch etwas leichtere Ausmünzung des gleichen Typus, wie sie ja auch im arabischen Spanien des 11. und 12. Jahrhunderts vorkommt. Der sizilianische Augustalis aber mit 4,57 g Feingold [37]) entspricht dem schwereren byzantinischen und dem almohadischen Goldsolidus. Es hat sich eben die Goldmünze des griechisch-arabischen Gebiets allmählich und stufenweise wieder in den Norden verbreitet: der leichtere gallische solidus und der schwerere byzantinische bilden zusammen die Grundlage.

Wie dann die kleineren Goldmünzen von 3—3,3 g entstanden sind, die auch als dupla vorkommen, ist noch nicht klar. In den arabischen Münzen haben sie anscheinend kein Vorbild. Im ganzen sind es ja spätere Formen, die man vielleicht als unterwertige Ausmünzungen betrachten kann.

---

33) Babelon I col. 537.

34) Consolad del mar 43, 100 (Pardessus coll. des lois maritimes II S. 87, 136).

35) M. Portugaliae dipl. et chartae I 64, 952 dedisti. 28 solidos romanos gegen I 19, 915 500 metcales ex auro purisissimo; I 121 accepi de vos argentum solidos 22: 17 solidos hazinus et 5 solidos mohamets.

36) Natalis de Wailly in Mémoires de l'institut de France XXI B. S. 234 f.

37) Winkelmann MIÖ. XV S. 417. — Man muß im Auge behalten, daß ja in Sizilien während des 12. Jahrhunderts nach Goldstücken (νομίσματα) gerechnet wird, von denen 72 auf das römische Pfund gehen (Garufi in archivio storico siciliano XXIII S. 39).

4. Bisher war nur von den wirklichen morabetini (mancus) die Rede, die bis in das 14. Jahrhundert herein auf der Halbinsel vorkommen. Nun sind aber diese Goldmünzen zugleich eine Werteinheit für die Silbermünzen. Daraus folgt dann von selber, daß, ähnlich wie viel später bei der Guldenwährung, der morabetinus als Silbereinheit allmählich weit unter den Wert des goldenen morabetinus sinkt. Die steigende Verschlechterung der Silbermünzen, soweit ich sie für unseren Zeitraum zu verfolgen vermag, wird später besprochen werden. Hier aber ist sofort die Geschichte dieser Zählmaravedis zu erledigen.

Im Osten gehört es hierher, wenn nach der katalonischen Münztafel und nach den Cortes von Perpignan der morabetinus $\frac{1}{4}$ eines solidus aureus, also eines mancus oder eines goldenen morabetinus beträgt und auch Unze und Pfund Rechnungseinheiten dieses Zählmaravedi sind. Die Nachrichten gehören der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts an [88].

Im westlichen Hauptland aber begegnet noch unter Alfons X. (1252 bis 1284) im Jahre 1268 ein Zählmaravedi, der nicht weiter als bis auf die Hälfte des Goldmaravedi gesunken ist, während unter seinem Vorgänger Ferdinand dem Heiligen (1230—1252) angeblich noch jede unterwertige Ausprägung der Silbermünzen vermieden wurde [39]. Später aber ist unter der unruhigen Regierung Alfons X. die Silbermünze derart entwertet, daß jetzt 6 usuelle maravedis, die man sich aber noch immer nur als Zähleinheiten vorzustellen hat, auf den goldenen maravedi gehen [40]. — Dieser maravedi wird dann noch in der kastilischen Münztafel aus der Mitte des 14. Jahrhunderts als maravedi de los buenos im Verhältnis von 6 : 1 zum maravedi de oro festgehalten. Aber es ist mittlerweile eine neue Münzverschlechterung eingetreten und so eine zweite, noch geringere Einheit entstanden, die nun wohl schon geprägt ist und von der 5½ als maravedi de la moneda usual

[88]) Oben N. 17, 18.

[39]) Das erste N. 24; das zweite: Cronicas de los reyes de Castilla (Bibliotheca de autores españoles 66) I S. 4a et esta moneda (nämlich die maravedis de la moneda de Castilla) era tan gruesa e de tantos dineros el maravedi, que alcanzaba a valer el maravedi tanto commo un maravedi de oro. Porque en aquel tiempo del rey don Ferrando corria en Castilla la moneda de los pepiones e en el reino de Leon la moneda de los leoneses e de aquellos pepiones valian 180 el maravedi e las compras pequeñas facian los metales a menos, que facian 18 pepiones el metal e 10 metales el maravedi.

[40]) Estilo (los codigos españoles I S. 326) 114 e fizo ante si traher las maravedis de oro, que andaban al tiempo antiguo e fizolos pesar con su monedas y por peso fallaron que los seis maravedis de la su moneda del rey que pesaban un maravedi de oro. E asi el maravedi de oro hase de juzgar por seis maravedis desta moneda. — Noch 1295 (Cronicas I S. 97b: que non diesen al rey por su yantar en cada villa mas de 30 maravedis de la buena moneda, que era estonce, que corria cada maravedi, 180 maravedis) wird anscheinend diese Rechnung beibehalten.

auf den maravedi de los buenos, also 33 auf den maravedi de oro gehen [41]).

Noch in der ersten Schicht der maravedis buenos und über den maravedis usual steht der schon erörterte maravedi chico zu $3^2/_3$ maravedis usuales. Hier handelt es sich um einen ursprünglichen Goldmaravedi, der $\frac{3^2/_3}{6}$ des normalen Goldmaravedi ist und als Zähleinheit nun mit diesem ebenfalls zur Zähleinheit gewordenen normalen Goldmaravedi auf $^1/_6$ des Werts sinkt [42]). — Dagegen bildet es einen Übergang zu dem zweiten kleinsten maravedi, der als solcher schon 1339 da war, wenn 1330 die dobla 25 maravedis gelten soll, also der maravedi alfonsi $16^2/_3$ maravedis [43]).

II. Metcal. 1. Eine Anzahl von Nachrichten besagt, daß neben dem morabetinus (mancus) auch eine kleinere Goldmünze auf der Halbinsel vorkommt [44]).

a) Als eine solche Goldmünze erscheint weithin der metcal, von dem 3, 3½, 4 auf den morabetinus (mancus) gehen.

Genannt wird diese arabische Bezeichnung — die eigentlich nicht mehr als Gewicht bedeutet [45]) — bereits seit dem Anfang des 10. Jahrhunderts [46]); das Verhältnis des morabetinus zum metcal (mencal) im Betrag von 1 : 3½, begegnet vom 12. bis 14. Jahrhundert oft [47]).

---

[41]) Sepulveda (N. 21) S. 179 este maravedi de los buenos vale 6 maravedis de la moneda usual de agora e este es el maravedi mayor, de que fabla el fuero de las leyes . . . . e tres mencales e medio de estos facen un maravedi de oro, que es en este fuero llamado aureo. E este aureo, que es dicho maravedi de oro, face 33 maravedis de la moneda usual; ebenso S. 180. — Wenn 1339 ein maravedi de Castilla nur $^1/_2$ sueldo sanchete ist (Yanguas II S. 389) während noch 1223 der maravedi de oro zu 6—10 sueldos gerechnet wird (ebenda S. 388, 389), so gehört das hierher. Denn der sanchete von 1339 ist nur mehr $\frac{8-9}{20}$ des ursprünglichen Betrags. Dann ist der maravedi de oro $2 \cdot \frac{20}{8\,(9)} \cdot (10-6)$, also 30—50 gewöhnliche maravedis.

[42]) N. 22.

[43]) Cronicas I S. 230 a et la dobla, que non valiese mas de 25 maravedis segun que valia ante que se comenzase a labrar la moneda; dazu aber die dobla N. 24.

[44]) Boletin de la academia de la historia XVIII S. 243, 1063 in Barcelona neben mancusos auri auch noch nummos auri. Férotin, Recueil des chartes de l'abbaye de Silos S. 103, 1177 6 milia solidorum et obolus auri: M. Port. leg. I S. 379, 1152 et qui percusserit, pectet 500 sol. et una medala auri. Muñoz, coleccion de fueros municipales S. 435 Anfang des 12. Jahrhunderts. Medinaceli: 60 sueldos et una meayla de oro.

[45]) Das mitcal von Mekka scheint auf das Gewicht und so die Goldmünze von 4,15 g zu gehen (Stickel, Handb. der morgenländischen Münzkunde I S. 10).

[46]) M. Port. dipl. et chart. I n. 19, 915: 500 metcales de auro purisissimo. España sagr. XXXVIII. app. p. 32, 1114 accepimus de eiusdem ecclesiae thesauro 9270 auri purissimi metkalia et 10 400 solidos de purissimo argento magno pondere maurisco.

[47]) Muñoz S. 437 Medinaceli: et el maravedi sea de tres mencales e medio;

Das Verhältnis 1:4 aber trifft man in späteren Zusätzen zum Recht von Cuenca; es ist also offenbar etwas jüngeres [48]).

b) Das Verhältnis 1 : 3½ gilt nach der katalonischen Münztafel und nach Angaben aus dem Ende des Mittelalters auch zwischen morabetinus alfonsinus und morabetinus (mancus) de Valencia [49]). Dagegen setzen die Aufzeichnungen von Perpignan den mancus von Valencia auf $^1/_3$ des alfonsinus [50]), und da es sich hier um eine Relation handelt, die für das Zählgeld festgehalten wird, nicht auf gemünztes Goldgeld sich bezieht und so als eine Versteinerung aus viel früherer Zeit anzusehen ist, so wird damit ein ursprünglicher Ansatz von 1:3 bezeugt.

Kleine morabetini neben größeren kommen auch sonst vor [51]). Die Verbindung derselben mit den mitcales aber ergibt sich dadurch, daß in einer arabischen Urkunde, die aus der Zeit Alfons VIII. und aus Toledo stammt, unmittelbar von »mitcales morabetines« die Rede ist [52]).

c) Wo neben dem morabetinus Alfonsinus der kleinere morabetinus von $\frac{11}{18}$ Alfonsinus, d. h. der maravedi chico steht [53]), da muß dann auch der metcal dementsprechend herabsinken; d. h. wenn der volle metcal $^1/_3$ ist und sonach 60 pipiones beträgt [54]), so ist dieser metcal

ebenso 438. — Cuenca XIV 43 (= Zorita 852) aureus (Zorita maravedi) = $3^1/_2$ mencales. Sepulveda S. 179 e tres mencales e medio de estos (die $9^1/_2$ maravedis de moneda usual + 4 dineras ausmachen) facen un maravedi de oro que es en este fuero llamado aureo.

[48]) So Cuenca XXX 57 secundum computationem 4 menkalorum pro aureo; Zorita 665 hat: paguelos segund el cuento de un menkal por maravedi; hier wird an den maravedi gedacht, der eine Zähleinheit von Silbermünzen ist und nach den katalonischen Angaben wirklich $^1/_4$ des aureus beträgt (N. 17, 18, 38). — Dann jene Kompilation des spanischen Heerrechts, die wie so vieles anderwärts unter dem Namen Karls des Großen geht und aus dem Recht von Cuenca abgeleitet ist (Memorial historico español II S. 496 t. 101): segun la cuenta de 4 mencales por el mr. — In Cuenca XXX 57 ist freilich der mencal offenbar keine geprägte Goldmünze, sondern nur eine Zähleinheit für Silbermünzen.

[49]) So nach Salat I S. 4 n. 19 der Kommentator der usatici, Jacobus de Montejudaico, der mir nicht zugänglich ist. — Auf das gleiche führt aber bereits die Münztafel (N. 18) B u. C: die auf 100 unciae Valentiae 200 morabetini rechnet, während sonst die uncia 7 morabetini hat. Dann ist der morabetinus von Valencia = $^2/_7$ des morabetinus alfonsinus. — Das gleiche ist in B. gemeint, wenn $3^1/_2$ mancus de auro auf 1 morabetinus gerechnet werden. Hier ist der mancus = der kleinere morabetinus von Valencia. — Andere Male begegnet in der Münztafel das Verhältnis von 1 : 4 oder 1 : $4^1/_2$.

[50]) N. 17 morabetinus = 4 sol.; mancus auri Valentiae = 16 denarii = 1 sol. + $^1/_3$ sol, also $^1/_3$ morabetinus.

[51]) Llorente, Noticias historicas de las tres provincias vascongadas IV S. 89, 1192 10000 moravetinos magnos et 1730 moravetinos parvos.

[52]) Conde in Memorias de la academia de la historia V (1817) S. 311.

[53]) N. 22.

[54]) N. 39. Der maravedi hat ja unter Ferdinand dem Heiligen 180 pipiones, wovon noch zu reden ist.

des maravedi chico = 36 pipiones. Nun berichtet aber der Chronist von Alfons X., daß sein Vater den maravedi in 10 (metales) metcales zu 18 pipiones teile[55]), d. h. es kommt außer dem metcal, der $^1/_3$ des maravedi chico ist, ein solcher vor, der $^1/_6$ ist[56]).

So ergibt diese Nachricht neben der katalonischen über den mancus von Valencia einen zweiten Beleg dafür, daß ursprünglich der morabetinus gedrittelt ist. Sie beweist aber ferner, daß darunter noch eine kleinste Goldmünze, die Hälfte des Drittels, geprägt wird. Es paßt das auch dazu, daß von oboli auri und mealliae auri gesprochen wird[56a]). Denn gewöhnlich sind diese Bezeichnungen nicht gleich; der obolus geht auf die Hälfte und die meallia auf das Viertel.

2. Sucht man nach dem Ursprung dieser kleineren Goldmünze, so ist der metcal von $^1/_3$ morabetinus deutlich ein tremissis.

Nun sind allerdings die tremisses, welche die gotischen Könige im Nordosten geprägt haben, im wesentlichen 1,4—1,5 g schwer[57]), setzen also einen solidus von 4,2—4,5 g voraus. Dagegen beträgt der tremissis der fränkischen Könige des 7. Jahrhunderts überwiegend etwa 1,2 g und ist oft kleiner[58]). Geradeso kommen bei den Arabern häufig Goldpfennige von 1 g vor[59]), und zwar, wie es scheint, im wesentlichen aus der Zeit vor den Almoraviden; Münzen über 1,2 g sind sehr selten. So kann sowohl aus der fränkischen wie aus der arabischen Prägung sich eine kleinere Goldmünze ergeben, von der 3½ oder 4 auf den morabetinus alfonsinus gehen.

Weiter begegnen wir arabischen ganz kleinen Goldmünzen von 0,6 bis 0,9 g, im ganzen etwa von 0,75 g[60]) und sehr ähnlich der kleinen Goldmünze von 0,88 g Gewicht und 0,75 g Goldgehalt, die als Tari im arabischen Sizilien in Gebrauch war[61]). In ihr hat man jenen metcal zu $^1/_6$ des morabetinus zu sehen[62]). Im Bereich der fränkischen Monarchie und in England kommen diese kleinsten Goldmünzen ebenfalls vor[63]), und man steht so vor einer allgemeinen westeuropäischen Erscheinung.

---

[55]) N. 39.

[56]) Brutails S. 55 hat neben den morabetini zu 7 solidi einen morabetinus ajarins zu 1½ solidi (1166); das wäre dann eine sehr kleine Goldmünze, die Hälfte, nicht das Drittel eines maravedi chico ist. [56a]) N. 44.

[57]) Robert in der Histoire générale de Languedoc VII S. 318 f.

[58]) Ebenda S. 335 f.

[59]) Lavoix 185, 186, 404, 408, 409, 416, 419, 422, 423, 425, 479.

[60]) Lavoix 349, 420, 424, 426, 481, 482.

[61]) Winkelmann in MIÖ. XV S. 413 ff.

[62]) Oben N. 55. Es ist noch keine erhebliche Abweichung, wenn in anderen Gebieten der arabischen Herrschaft nach offenbar späten Nachrichten 7 metcals Gold auf 1 Dinar gerechnet werden: Garufi in Archivio storico Siciliano N. S. XXIII S. 34.

[63]) Ich in Vierteljahrsschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte XIII S. 356 f.

B. Silbermünzen.

I. metcal und solidus. 1. Schon im bisherigen erschienen die metcales nicht immer als Goldmünzen, sondern auch nur als bloße Rechnungseinheit von Silbermünzen[64].

Weiter führt die Gruppe von Cuenca-Teruel. Hier werden öfters aurei alfonsini (morabetini) oder kürzer neben aurei noch solidi genannt[65]: es ist dann klar, daß diese solidi nicht auf Gold, sondern nur auf Silber gehen können.

2. Ferner ergibt eine Vergleichung des Rechts von Cuenca und Teruel, daß, was in der Fassung von Teruel solidus ist, in der von Cuenca als mencalis erscheint[66].

Es muß also ein solidus Silber vorkommen, der wie der mencalis $^1/_3$, $\frac{1}{3^1/_2}$, $^1/_4$ des morabetinus ist. In der Tat ist das einmal unmittelbar bezeugt, und es erweist sich wieder die Relation 1 : 3 als das Ursprüngliche: was in Cuenca mit 10 morabetini oder aurei gestraft wird, darauf stehen in Teruel 30 solidi[67].

II. Kleinere solidi. 1. 1056 werden in Katalonien aus einem Gewichtssolidus Silber zwei solidi de denariis geschlagen[68]. In Kastilien aber ist dieser Stand noch 1268 erkennbar[69].

---

[64]) So in Cuenca XXX 57 (A. N. 48).

[65]) Teruel 17: 400 aureos alfonsinos et 300 solidos; 26: 400 aureos et 300 solidos; 273: 400 aureos alfonsinos et 300 solidos.

[66]) Teruel 85 = Cuenca XVI 30, 31 (Zorita 348).
Teruel 128 = Cuenca XVI 50 (Zorita 367).
Teruel 144 = Cuenca XVII 13 (Zorita 385).
Teruel 211 = Cuenca XX 17 (Zorita 440).
Teruel 211 = Cuenca XXI 3, 4, 5 (Zorita 443, 444, 445).
Teruel 227 = Cuenca XXII 16 (Zorita 465).
Teruel 358 = Cuenca XI 20 (Zorita 240).
Teruel 419 = Cuenca XIII 18 (Zorita 321).

In Cuenca VI 4, XIV 1 wird ebenfalls wie in Teruel der kleinere Betrag nach den aurei als solidus bezeichnet.

[67]) Cuenca II 3 Et si forte quispiam dominum hereditatis pro eo convenerit et in causa pulsans victus fuerit, pectet 10 aureos domino hereditatis et iudici et alcadibus et expensam restituat dupplatam sacramento querelosi et unius vicini (die romanische Übersetzung im fuero de Alcazar [cf. Zorita S. 58 N.] hat peche 10 maravedis al sennor).

Cuenca II 4 quapropter mando, quod quicumque pro hereditate alium convenerit, primo det fideiussorem pulsato, qui supradictum cautum 10 aureorum et expensam restituat dupplatam.

Teruel 298 Et si forte aliquis dominum hereditatis pro eo convenerit et in causa illa pulsans convictus fuerit, pectet 30 solidos domino hereditatis medietatem et iudici et alcadibus medietatem aliam et dispensam dupplatam restituatur sacramento querelosi et unius vicini.

quapropter mando, quod quicumque pro hereditatem alium convenerit, primo det fideiussorem pulsato, qui supradictum cautum 30 solidus et expensam dupplatam pectet et restituat.

[68]) Balari S. 660 ut faciant de sol. de pes solidos 2 de dinariis (aus einer Münzverpachtung durch den Grafen).

[69]) N. 24.

Dann müssen aber solidi vorkommen, von denen 6, 7, 8 auf den morabetinus gehen, ebenso wie 3, 3½, 4 mencales einen morabetinus ausmachen.

In der Tat begegnet so etwas im weiten Maß.

Zunächst in Katalonien entsprechen noch im 12. Jahrhundert 300 aurei 2300—2400 solidi plate fine [70]). In Roussillon aber ist ein morabetinus marinus Ende des 12 und Anfang des 13. Jahrhunderts 7—8 solidi von Barcelona und von Melgeuil [71]) (Magelone), also Montpellier. Noch im 14. Jahrhundert wird der solidus aureus in 8 solidi argentei oder solidi de plata zerlegt, wo schon längst ein solidus zu $^1/_{16}$ morabetinus vorhanden ist [72]). Diese solidi zu $^1/_{7-8}$ morabetini werden am Anfang des 13. Jahrhunderts als solidi de duplo bezeichnet [73]); seit 1258 begegnet eine moneta de terno, die vorläufig noch immer nur in denarii und oboli ausgeprägt wird [74]). Das mir zu Gebote stehende Material reicht nicht aus, um mit Sicherheit den Unterschied zu erfassen; aber jedenfalls seit 1265 ist ein solidus einem $^1/_{16}$ morabetinus gleich [75]), und so wird das der solidus de terno sein.

In Aragon sind zu Anfang des 13. Jahrhunderts die solidi Jaccenses — die Landesmünzeinheit — so viel als ½ mencales [76]), und hier wird dann dieses Verhältnis (1 morabetinus = 7 solidi) noch im Anfang des 14. Jahrhunderts festgehalten [77]).

---

[70]) Cortes de Cataluña I S. 30: Usatici c. 83 N. 14.

[71]) Brutails a. a. O. S. 55.

[72]) N. 17.

[73]) Cortes de Cataluña I S. 107 E 22: 1225 det pro pena 120 solidos Barchinone de duplo locis, in quibus currit moneta Barcinone.

[74]) Salat II S. 6, 1258 statuimus, quod nova moneta . . . . . sit legalis moneta ternalis et sint denarii et oboli eiusdem legis et signi, ita quod in lege et signo nulla differentia sit inter denarios et obolos; in pondere autem sit talis differentia quod de una marcha monetae aleyadae cum argento exeant 18 solidos denariorum et de una marcha exeant 20 solidos obolorum (dazu Salat I S. 133 f.); 1258 sind bis Ostern 2 denarii veteris moneta = 1 denarius novae monetae; von Ostern ab 3 denarii veteris monetae = 2 denarii novae monetae.

[75]) Daß jedenfalls von 1285 ab der solidus de terno = $^1/_{16}$ morabetinus, ergibt N. 109. Da nun aber andererseits seit 1265—1305 der Wert des solidus Barcinonensis zu den denarii sterlingenses sich immer annähernd gleich bleibt (Brutails S. 56), so muß diese Münze schon mindestens seit 1265 bestehen, und dann ist sie wohl mit den solidi de terno gleich. — Salat I S. 113 ff., 132 sucht alles auf Unterschiede in der Legierung zurückzuführen. Aber es fehlt an Belegen.

[76]) Conde in Mem. de la real academia de la historia V (1817) S. 311: vale cada mitcal de ellos 2 sueldos de los sueldos de Jaca.

[77]) Fueros, observantias y actos de corte de Aragon (1866) I S. 330, 1307 7 solidos Jaccenses pro morabetino et omnibus illis, ab quibus nos et praedecessores nostri illud consuevimus et debemus recipere et habere. España sagr. XXXXVII app. 9, 1312: 2 morabetinos auri vel 7 solidos jaccenses pro quolibet morabetino.

In den Bereich von Aragon rückt dann auch noch die Gruppe von Teruel und Cuenca herein. Nach einem späteren Zusatz zum fuero von Teruel gehen hier 8 solidi auf den aureus alfonsinus [78]).

Die solidi von Navarra, die Sanchetes, spielen zu Anfang des 13. Jahrhunderts um den Betrag von 6—9 auf den maravedi [79]).

In Castilien aber tritt mehrfach ein solidus hervor, von dem $7\frac{1}{2}$ einem morabetinus gleich sind. Das gilt für die Münzen Alfons X., wo auf den maravedi 90 burgaleses gehen; denn 12 denarii burgalenses machen, wie sich später noch genauer ergeben wird, einen solidus aus; also der maravedi ist dann $7\frac{1}{2}$ solidi. Freilich die Notiz selbst, welche diese Nachricht von der Prägung Alfons X. bringt, spricht nur von einem sueldo zu 6 dineros, also 15 sueldos auf den maravedi, und dieser Betrag wird dann nachher hervortreten [80]). Aber daß darüber wirklich ein sueldo zu 12 burgaleses und $7\frac{1}{2}$ sueldos (buenos) auf den maravedi vorhanden war, zeigt noch in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts die kastilische Münztafel, wo dann das freilich nicht mehr auf den maravedi de oro, sondern dank der Münzverschlechterung auf den $5\frac{1}{2}$ mal kleineren maravedi maior zu 6 maravedis usuales bezogen wird [81]).

Während alles Bisherige auf 7 oder 8 solidi, also auf einen mencal von $\frac{2}{7}$ oder $\frac{1}{4}$ maravedi weist, führt ein ursprünglicher Ansatz auf 6 solidi für die Goldmünze, also auf einen mencal zu $^1/_3$ dieses Betrages. Nach den einen Nachrichten nämlich wird auf das Unterliegen im Streit über Grundstücke eine Strafe von 10 aurei (morabetini) gesetzt [82]). In einer Reihe anderer Nachrichten dagegen aus dem ganzen spanisch sprechenden Gebiet steht dafür eine Strafe von 60 solidi [83]).

---

[78]) Teruel 519 omnis artifex argentarius operetur marcham argenti pro uno aureo alfonsino vel pro 8 solidos.

[79]) Yanguas II S. 388 f.

[80]) Cronicas I S. 4 a e el rey don alfonso su fijo en el comienzo de su regnado mandó desfacer la moneda de los pepiones e fizo labrar la moneda de los burgaleses, que valia 90 dineros el maravedi e las compras pequeños se facian a sueldos e 6 dineros de aquellos valian un sueldo e 15 sueldos valian un maravedi.

[81]) Sepulveda S. 178 el sueldo bueno vale doce burgaleses. Siete sueldos e medio valen 6 maravedis (nämlich usuales, also = 1 maravedi de los buenos oder mayor: oben N. 40 ff.) de los buenos (nämlich von den guten sueldos).

[82]) Cuenca II 3, 4 (oben N. 67); Sepulveda 27 qui demandare a otro heredat, primero de fiador a aquel, a qui la demanda, que de el coto de los 10 mrs e la despesa doblada, si vencido fuere el qui demanda; dazu 28, 31.

[83]) Z. B. fueros de Aragon I S. 257 a 1247 actor, qui a possessore haereditatis vel possessionis, quam petierit, est convictus, pro poena temerarii litigii est in 60 solidos puniendus. II S. 103a cum aliquis infantio aut alius homo demandevaverit alteri homini aliquam haereditatem . . . . non tenetur dare pro calonnia nisi 60 sol. — Yanguas I S. 465 Estella in Navarra 1164 sed si calumniam erit hereditatem et testes non poterit dare vel calumniam vincere, regi 60 soli-

2. Dann tritt aber noch einmal eine Herabsetzung ein.

Es gehört schon hierher, wenn nach dem Recht von Salamanca 10 sueldos auf den maravedi gehen [84]). — Besonders jäh ist der Abfall in Portugal, wo sehr früh eine ungeheure Münzverschlechterung begegnet [85]); hier enthält der morabetinus deshalb in dieser Zeit schon 30 solidi [86]).

Geringer ist die Veränderung in Katalonien. Dort gehen seit Ende des 13. Jahrhunderts bis in die Mitte des 14. Jahrhunderts 16 solidi auf den solidus aureus [87]), dem entsprechend, daß damals ja auch nach dem Verhältnis der usuellen maravedis zu dem Goldmaravedi die Silbermünzen noch einmal so schlecht als bisher, zweimal so schlecht als ursprünglich ausgeprägt worden sind [88]).

Auf denselben Prozeß geht es in Kastilien zurück, wenn hier hinter dem sueldo bueno, von dem 7½ auf den maravedi mayor, $^5/_4$ auf den maravedi usual gehen, noch ein sueldo kommt, von dem der maravedi mayor 15 enthält [89]). — Dann aber, und zwar vor 1303, ist in Kastilien ein Münzsturz eingetreten, der noch viel ungeheuerlicher war als der in Portugal: denn in der Münztafel aus der Mitte des 14. Jahrhunderts sind ja die sueldos nur in die maravedis mayores eingegliedert, die selber nur $\frac{2}{11}$ des maravedi de oro sind. Also es hat sich gegenüber jener zweiten Stufe eine nochmalige Untermünzung um das 5½ fache vollzogen. Es sind jetzt die sueldos buenos = $^1/_{41}$ des maravedi de oro [90]). — Ja es wird der Ausdruck solidus sogar auf die Münze angewendet, die $^1/_6$ des solidus bonus ist [91]), d. h. auf jeden Betrag, der eben größer als der einfache denar ist.

---

dos debet calumnia. Muñoz S. 304, Sahagun 1084 vicinus aut extraneus, qui domum vel aliquam partem calumniaverit... dent abbati fidiatores in 60 solidos et qui fuerit victus persolvat 60 solidos abbati. — Llorente IV S. 125 II Molina: qui heredat agena entrare por fuerza e non la lejare quando la demandaren, e despues vencido fuese por judicio, peche 60 sueldos.

[84]) Fuero de Salamanca ed. Ruano 146.

[85]) Herculano, Historia de Portugal III S. 70, 1253: Denar geprägt aus 11 Teilen Kupfer und 1 Teil Silber.

[86]) N. 8. [87]) N. 17. [88]) N. 18, 73, 75.

[89]) So die kastilianische Münztafel (Sepulveda S. 178) S. 178 el maravedi mayor vale 15 sueldos de estos, que son 6 maravedis. — Zu dieser Relation stimmt das Statut von Alcala von 1348, wo 5 sueldos de los buenos nach der einen Lesart 4 maravedis sind (so Cort. de Castilla I S. 57 N. 1, und die Ausgabe des ordenamiento von Asso und Manuel XXXII 30, während nach der in den Text aufgenommenen Lesart 5 sueldos auf 8 maravedis (dann wohl chicos) gehen.

[90]) N. 40 ff. Daß der Prozeß vor 1303 liegt, ergibt das N. 104 Bemerkte.

[91]) Sepulveda S. 178 de burgales, que vale 2 pepiones, que son 4 meajas; el sueldo burgales vale ocho meajas, que es dicho 8 sur(?); el sueldo bueno vale 12 burgaleses.

III. Denarii. 1. Am besten geht man von der kastilianischen Münztafel des 14. Jahrhunderts aus [92]).

Hier ist die kleinste Münze ein meaja. 2 meajas sind ein pepion, der ja unter Ferdinand dem Heiligen geprägt wird [93]); 4 meajas sind ein burgales [94]), der anderwärts als dinero burgales bezeichnet wird [95]); 6 meajas ist ein sesen; 8 meajas der kleinste sueldo (= 2 burgaleses) [96]); 10 meajas ein coronado, der schon dem Namen nach ein gemünztes Stück ist [97]); 12 burgaleses aber gehen auf einen sueldo bueno; 6 auf den kleineren sueldo [98]). Es ergibt sich demnach ein dinero (burgales), von dem 12 auf den solidus gehen und der in 4 medalliae zerlegt wird — also die Stückelung, welche in ganz Westeuropa in Geltung war. Geradeso wird in Katalonien der höhere Betrag (der croat [coronatus]) in 12 dineros geteilt [99]), und dasselbe gilt für Navarra [100]). Nichts anderes als die bisher besprochenen denarii, von denen 12 den solidus ausmachen, sind auch die dineros prietos, von denen 15 auf den maravedi gehen müssen; denn der maravedi usual ist $\frac{15}{12}$ des sueldo bueno [101]).

Aber freilich ist jetzt dieser dinero an Wert sehr gesunken und dadurch ein »schwarzer« (prieto) dinero geworden, daß maravedi und sueldo bueno im Verhältnis zu maravedi de oro so sehr entwertet sind [102]).

2. Daneben kommen aber in der gleichen Münztafel auch andere dineros vor, die nach der einen Angabe $^6/_4$ burgales, nach der anderen $^6/_8$ burgales sind [103]); im einen Fall ist damit der burgales zu 4 meajas, im anderen der sueldo burgales zu 8 meajas gemeint. Also steht neben dem denarius, von dem 12 auf den solidus gehen, ein anderer denarius von 8 auf den solidus. Erinnert man sich nun, daß der Silbersolidus ursprünglich ein tremissis ist, so wie er im Spanischen begegnet, so ist das nichts anderes als die Zerlegung des Goldsolidus in 24 siliquae, was ja der spätrömischen und der westgotischen Währung zugrunde liegt.

3. Der coronado von 10 meajas ist ein denarius, der $\frac{5}{4}$ des sueldo burgales ist und von dem 6 auf den sueldo bueno treffen; es entspricht

[92]) Sepulveda S. 177 f. [93]) N. 40. [94]) Sepulveda 177 f.
[95]) N. 80. [96]) Sepulveda S. 177. [97]) Sepulveda S. 177
[98]) N. 80. [99]) Salat I S. 165 n. 32 (seit 1285).

[100]) Im fuero general de Navarra (ed. Ilarregui y Lapuerta) III 7, 9 wird ein rovo de trigo auf einen sueldo, im III 10, 5 auf 12 dineros gerechnet.

[101]) Cronicas I S. 7 a (1258) destes dineros prietos facia 15 dineros dellos el maravedi.

[102]) Irrig Haiss I S. 40.

[103]) Sepulveda S. 178 el sueldo vale seis burgaleses, que son cuatro dineros. — S. 179. Cada un sueldo de estos face 6 burgaleses de 8 meajas. En estos 6 sueldos burgaleses hay 48 meajas, las cuales facen un sueldo bueno. Monta 8 dineros de la moneda usual.

vollkommen dem Bisherigen, wenn 1303 auf den maravedi 6 dineros coronados gerechnet werden [104])

IV. Ausprägung und Wertrelation. 1. Noch 1258 werden in Katalonien nur denarii und oboli geprägt [105]), und ebenso kommen bis in die Mitte des 13. Jahrhunderts in Kastilien nur dineros (burgaleses) und halbe dineros (pepiones) vor [106]). Es stimmt das dann damit, daß auch im benachbarten Südfrankreich bis in die Mitte des 13. Jahrhunderts keine Münzen über 1,5 g Silber begegnen [107]), wenn man von den Nachprägungen der größeren arabischen Silbermünzen absieht.

Wie nun nördlich der Pyrenäen auch in Montpellier und Toulose nach der Mitte des 13. Jahrhunderts grossi im dreifachen Betrag des Denars geschlagen werden [108]), so entsteht in Barcelona 1285 der croat, der gleichzeitig auch als grossus albus (denarius Barcinonensis argenteus) bezeichnet wird [109]). Dieser denarius grossus ist gemeint, wenn 1285 bestimmt ist, daß auf die marcha boni argenti 72 denarii kommen sollen [110]). — Würde man nun die Mark von Barcelona von 267 g zugrunde legen, wie sie im 18. Jahrhundert und später erwähnt wird [111]) und welcher gleichzeitig in Roussillon ein Pfundgewicht von 401 g entspricht [112]), so würde dieser grossus 3,7 g wiegen. Nimmt man jedoch an, daß auch in Katalonien wie im übrigen Spanien ursprünglich die Kölner Mark von 230 g zur Anwendung kam, so wiegt der grossus 3,2 g. Nun ergibt sich zu 1301, daß ein grossus Turonensis = $^4/_3$ eines grossus Barcinonensis ist [113]). Ausgemünzt wird der grossus Barcinonensis mit einem Feingehalt zu $^{23}/_{24}$ [114]), ist also genau geradeso legiert wie in Frankreich das argent le roy und der daraus geprägte turnosus [115]).

[104]) Cortes de Castilla I S. 168 6 dineros de los coronados por maravedi; demgegenüber gehen auf den sueldo bueno nur $^{24}/_5$ coronados; das entspricht ganz dem Verhältnis von $7^1/_2$ sueldos buenos = 6 maravedis usuales. Andere Male (Haiss I S. 48) werden 10 coronados auf einen maravedi gerechnet; das müssen dann etwas unterwertig ausgeprägte einfache Denare sein.

[105]) 74.

[106]) So die Nachricht über die Prägung unter Ferdinand dem Heiligen (N. 40) und in der ersten Zeit Alfons X. (N. 80); dann Cortes de Castilla I S. 65 6 sueldos de dineros alfonsis.

[107]) Chalande in der Histoire de Languedoc VII S. 388 f.

[108]) Ebenda S. 409, 418.

[109]) Salat II n. 16, 1285; n. 25, 1330; dazu I S. 165.

[110]) Salat II n. 16, 1285.

[111]) Noback I S. 87.

[112]) Brutails, Populations rurales de Roussillon S. 59.

[113]) Brutails S. 56.

[114]) Salat II n. 16, 1285 hat ad legem 11 denariorum et oboli. Dieselbe Legierung in Montpellier: Thalamus parvus (Memoires de la société archéolog. de Montpellier I) S. 300.

[115]) N. de Waylly, Mém. de l'inst. de France XXI B. S. 123.

Der turnosus[116]) aber wiegt, wenn man hier die französische Troymark zugrunde legt, $^{58}/_{246}$ g, also 4,24 g. Nur wenn man den grossus Barcinonensis zu 3,2 g veranschlagt, gewinnt man jene Relation von 1301; daraus folgt dann, daß auch in Barcelona ursprünglich mit der Kölner Mark gewogen wurde.

In Kastilien aber ist offenbar der Betrag von 2 dineros nach der Mitte des 13. Jahrhunderts ausgeprägt worden[117]).

2. Bleibt so zunächst der denarius und Unterabteilungen desselben übrig, so ist die weitere Frage, wie groß man sich diese Denare vorzustellen hat. Hier begegnen folgende Notizen.

a) Nach einer Fassung der katalonischen Münztafel, also nach einer Nachricht, die nicht vor der Mitte des 14. Jahrhunderts liegt, wiegt ein argenteus 28 Gerstenkörner[118]). Da nun im europäischen Westen ein granum = 0,047 g schwer ist, so entsprechen diesem argenteus 1,08 g. Das ist also das Gewicht eines leichteren fränkischen und nachfränkischen Denars. Über den Feingehalt ergibt diese Nachricht nichts.

Auf diesen führt nun aber eine Nachrichtengruppe, aus der zunächst im 12. und 13. Jahrhundert eine Reihe von Nachrichten über die solidi Melgorienses, d. h. die Währung von Magelone-Montpellier, hervortreten. Danach ist 1163 die marca argenti fini = 48 solidi Melgorienses[119]), und dem entspricht es, wenn 1182 die Mark von Perpignan 50 solidi Melgorienses beträgt[120]), und dieser Ansatz wiederholt sich 1204[121]). Legt man 50 solidi zugrunde, so hat der denarius Melgoriensis den Wert von 0,383 eines vollwertigen fränkischen Denars zu $^{1}/_{144}$ Mark. Dem solidus (denarius) Melgorienses entspricht aber von der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts bis in die Mitte des 13. Jahrhunderts der solidus (denarius) Barcinonensis[122]). Nun ist aber damals an Stelle des fränkischen Silbersolidus von $^{1}/_{3}$ Goldsolidus ein solidus von $\frac{1}{1,\ 7^{1}/_{2},\ 8}$ Goldsolidus getreten. Diesem Verhältnis, bei dem der denarius eines solchen Silbersolidus zu $^{1}/_{8}$ Goldsolidus so viel wie 0,377 vom Wert eines ursprünglichen denarius ist, entspricht vollkommen der Wert des denarius Melgoriensis. Dagegen geht es noch über ein solches Verhältnis hinaus (um $^{1}/_{24}$), wenn in diesen Gebieten des intensivsten Verkehrs von 1130 ab die Münze nur mit einer Legierung von $^{1}/_{3}$ fein

---

[116]) Ebenda S. 296.

[117]) Das schließe ich aus dem coronado, der ja eine geprägte Münze sein muß, und die Summe von 2 dineros, d. h. von solchen, wie sie auf den maravedi gehen, vorstellt (N. 104).

[118]) N. 18.

[119]) Ducange, Gloss. IV S. 526.

[120]) Brutails S. 54.

[121]) Thalamus parvus S. 581.

[122]) Brutails S. 54 f.



ausgeprägt wird; das Münzgewicht beträgt 1,2 g, ist also wenig verschieden von dem vorher erwähnten Gewicht des argenteus [123]).

Weiter gehört in diesen Zusammenhang eine Nachricht aus der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts, wo der Silbersolidus um das Vierfache seines ursprünglichen Wertes gesunken ist. Damals sind 12 denarii sterl. = 5 solidi von Barcelona [124]), also der denarius sterl. ist = 5 den. Barcinon. Da nun aber der sterlingensis zu 177 auf die Mark [125]) so viel wie $\frac{144}{177}$ des vollwertigen fränkischen Denars von 144 auf die Mark ausmacht, so ist der denarius Barcinon. $^1/_6$ des vollwertigen fränkischen Denars. Das entspricht — 16 solidus zu einem morabetinus gerechnet — vollkommen dem, daß ein halbes Jahrhundert früher der katalonische Denar eines Solidus, von dem damals schon 6—8 auf den morabetinus gehen, zu $^1/_3$ fein ausgeprägt wird.

b) Aus der Mitte des 13. Jahrhunderts rührt dann auch noch eine Nachricht über die kastilische Münzprägung. Danach ist 1253 der denarius burgalensis $^{13}/_{12}$ eines denarius von Leon und $^{13}/_{17}$ eines denarius turonensis [126]). Weil damals der denarius Turonensis $\frac{144}{220}$ eines fränkischen Denars ist, da 220 turonenses gegenüber 144 fränkischen Denaren auf die Mark gehen, so ist der burgalensis ½ eines fränkischen Denars. Damit können nun aber nicht die burgalenses gemeint sein, von denen 12 auf den solidus zu $\frac{1}{7^1/_2}$ morabetinus gehen [127]). Denn ein solcher denarius könnte, da ja an Stelle von 3 solidi nicht 6, sondern 7½ getreten sind, nicht die Hälfte des fränkischen Denars sein, sondern müßte, auch wenn man noch gar keine abweichende Metallwertrelation ansetzte, nur $\frac{1}{2}\cdot\frac{12}{15}$ des fränkischen Denars ergeben. Deshalb bleibt nichts übrig, als in diesem burgalensis den denarius des älteren größeren solidus, von dem 3 (3½, 4) auf den morabetinus gehen, zu sehen.

c) Allem Bisherigen gegenüber stehen die arabischen Münzverhältnisse. Der Pariser Münzkatalog erweist, daß hier von Anfang an viel größere

---

[123]) Vaissete V 419, 5, 1130 praeterea ipsam monetam de Melgorio de caetero non faciam fabricari nisi in hoc pondere et lege; videlicet denarios integros ad 4 denarios argenti fini et 24 denarios in uncia; et mesallus ad 3 den. argenti fini et 25 in uncia; Vaissete V 428, 1132 Ildefonsus comes faciat eam (monetam) fieri aequo pondere et lege, qua fieri debet, videlicet 12 denarios ad 4 denarios argenti fini et 12 denarios medallarum ad 3 denarios argenti fini et 24 denarios denariorum ad pondus unius unciae et 25 denarios medallarum ad pondus unius unciae.

[124]) Brutails S. 56 (von 1265—1273).

[125]) De Wailly a. a. O. S. 296.

[126]) M. Port. leg. I S. 192. Et denarius legionensis valeat 3 denarios portugalenses. — Et denarius burgalensis valeat 3 denarios et medaculam portugalenses. Et denarius turonensis valeat 4 denarios et medaculam.

[127]) N. 80.

Silbermünzen umliefen (Dirhems): Drei Typen treten besonders hervor: eine, die um 2,10—2,25 g liegt, die andere hält sich um 2,70—3 g, die dritte zwischen 3,70—4,50 g., aber so, daß noch erheblich schwerere Stücke vorkommen [128]). Bekanntlich sind diese Münzen bis hinauf nach Südfrankreich nachgeahmt worden [129]). Wenn nun 1074 einmal davon geredet wird, daß ein argenteus so schwer wie ein mancus, also ein Stück von 3,85—4,2 g wiegt [130]), so kann der argenteus nach dem Bisherigen keine Münze christlichen Gepräges, sondern wird eine arabische sein, eben jener schwere dritte Typus. Auf die beiden anderen Typen ist nachher einzugehen.

3. Sucht man nun nach der spanischen Gold-Silberrelation, so rechnet 1143 der Graf von Barcelona per unamquamque libram (argenti) (ad pensum de Murcia) 12 morabetinos (ayadinos et lupinos); danach ist 1 Pfund Silber = 12 morabetini; das Pfund von Murcia aber ist nach der gleichen Urkunde $\frac{15}{8}$ einer Mark von Montpellier, und da diese $^{8}/_{8}$ eines Pfunds ausmacht, so kommen annähernd auch auf das murzianische Pfund Gold 84 morabetini. Dann also ist die Relation von Silber zu Gold wie 1 : 8 [131]). — In Portugal verhält sich 1253 die uncia auri zur marca argenti wie 11 : 12 [132]); ist das Gold hier so fein wie das Silber, so ist die Relation sogar 1 : 7½. — In Kastilien [133]) ist 1268 die Relation ebenfalls 1 : 7½; denn 1268 ist der morabetinus de oro also $\frac{1}{56}$ Goldmark = 2 usuelle morabetini, die marca platae aber ist 15 usuelle morabetini; so ergibt sich 1 : 7½. Die Relation 1 : 7½—8 entspricht vollkommen dem, was auch bei den Skandinaven gilt [134]). Die Goten haben also diesen Rechtssatz ihrer nordischen Heimat mit großer Zähigkeit auch in den südlichen Wirtschaftsgebieten festgehalten, während die Byzantiner ein Verhältnis von 1 : 14—18, die Franken ein solches von 1 : 12 kannten [135]).

Aus ihm erklärt sich auch noch jene Notiz, die zuerst im Codex Legionensis der l. Visigothorum von 1020 begegnet und in einer Papierhandschrift des 14. Jahrhunderts wiederholt ist [136]), und die ich früher,

---

128) Lavoix S. 3ff. passim.

129) Lavoix prol. S. XXXV.

130) Balari S. 664: 100 uncias a numero de auro monete Barchinone, qui penset unamquemque mancuso uno argenteo.

131) Bofarull, col. de documentos ineditos del archivio general IV S. 85. Dazu oben N. 27.

132) M. Port. leg. I S. 192 in primis marcha argenti valeat 12 libros monete portugalensis . . . . et uncia auro valeat 12 libras portugalensis monete.

133) Cortes de Castilla I S. 64 (N. 24).

134) Darüber in Vierteljahrsschrift für Sozial- u. Wirtschaftsgeschichte XIII S. 359.

135) Vierteljahrsschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte XIII S. 347, 352.

136) L. Visigothorum ed. Zeumer S. 464: darüber oben N. 31.

wo ich die spanischen Münzverhältnisse noch nicht genau durchgearbeitet hatte, unrichtig deutete und so für Spanien eine Metallrelation von 1 : 16 ableitete[187]). In derselben ist, wie schon erwähnt, von einem solidus die Rede, von dem 72 auf das Pfund gehen, also nicht vom leichteren gallischen solidus, sondern vom schwereren römischen solidus. Nun ist dieser solidus = 15 argentei und $\frac{15 \cdot 8}{4}$, also 11¼ silique. Es widerstreitet das dem römischen Recht, wonach 24 siliquae auf den solidus treffen. Dagegen paßt der Ansatz vollkommen zu einem System, bei dem das Gold zum Silber nicht wie 1 : 14—18 bei den Römern oder wie 1 : 14²/₇ bei den Arabern[188]) wenigstens des Ostens, sondern wie 1 : 7—8 sich verhält. Es muß dann die siliqua als ¹/₁₂ eines solidus aureus von 4,5 g ein Silbergewicht von $\frac{4,5 \cdot 8}{12}$ g, also an Silber 3 g enthalten; die siliqua eines solidus aureus zu 4,05 g aber muß 2,7 g ausmachen. Der argenteus aber von ⁴/₅ siliquae ist dann auf 2,10 bis 2,25 g Silber anzusetzen. Beide Silbermünzen begegnen nirgends im christlichen Bereich, sind dagegen, wie sich gezeigt hat, gleich den entsprechenden Goldmünzen unter den Arabern überaus verbreitet. So wird jenes Münzverzeichnis der leonesischen Handschrift von 1020 auf das Verhältnis der spanischen Silbermünze zu der Goldmünze gehen, wie es im toledanischen Grenzgebiet besteht.

Mit dieser Wertrelation stimmt überein, was sich für das Gewicht des Denars ergeben hat. Statt daß der ältere Denar, der $\frac{1}{12}$ eines solidus im halben Betrag eines fränkischen solidus ist, ½ des vollwichtigen fränkischen Denars ausmacht, ist er ⅛ desselben im Gewicht. Das entspricht vollkommen der spanischen Münzrelation, die um ¹/₂ für das Silber günstiger ist als die fränkische[189]). — Es wird aber ferner damit die Erscheinung zusammenhängen, daß im Spanischen zunächst wie bei den Franken der Goldsolidus gleich 3 Silbersolidi oder 6 halben Silbersolidi ist, später aber sich die Distanz steigend ver-

---

[187]) Vierteljahrsschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte XIII S. 351.

[188]) Stichel, Handbuch der morgenländischen Münzkunde I S. 6.

[189]) Darüber oben zu N. 124 ff. Wenn dann der kastilische burgales (¹/₁₂ des Sibersolidus zu ¹/₈ Goldsolidus) noch etwas unterwertiger ausgeprägt ist (N. 126), nicht ²/₃ des fränkischen Denars, sondern ¹/₂ davon ausmacht, also um noch ¹/₃ unterwertiger ausgeprägt ist, so läßt sich das aus der bloßen Metallrelation nicht allein erklären, sondern es wird eben hier wirklich der burgales in diesem geringeren Schrot und Korn ausgeprägt sein. Bedenkt man, daß 1258 (N. 101) bereits die dineros prietos geprägt werden, also dineros, von denen 495 auf den maravedi de oro gehen, während ursprünglich dieser 36, dann 80, dann 180 solche dineros ausmacht, so kann die Münzverschlechterung bereits 1253 begonnen haben. — Es ändert an der gegebenen Auslegung gar nichts, daß anscheinend im arabischen Osten, vor allem in Ägypten, schon während des 11. Jahrhunderts weithin Goldstücke geprägt wurden, die nur ein Viertel des großen Dinars sind (Garufi in Archivio siciliano XXIII S. 32); denn in Spanien ist ja die Drittelung das Ursprüngliche.

größert, zunächst auf $3\frac{1}{2}$ (7), dann auf $3\frac{3}{4}$ ($7\frac{1}{2}$), endlich auf 4 (8) Silbersolidi herabgeht. Das erklärt sich am besten durch eine allmähliche Ausgleichung zwischen der spanischen und fränkischen Metallrelation, wie sie ja vor allem im Nordosten eingetreten sein muß. In der Tat ist zu Ende des 15. Jahrhunderts in Katalonien das Verhältnis auf 1 : 10 gesunken[140]), was dann einem Silbersolidus von $\frac{1}{8^3/_4}$ eines Goldsolidus entspricht.

C. Schluß.

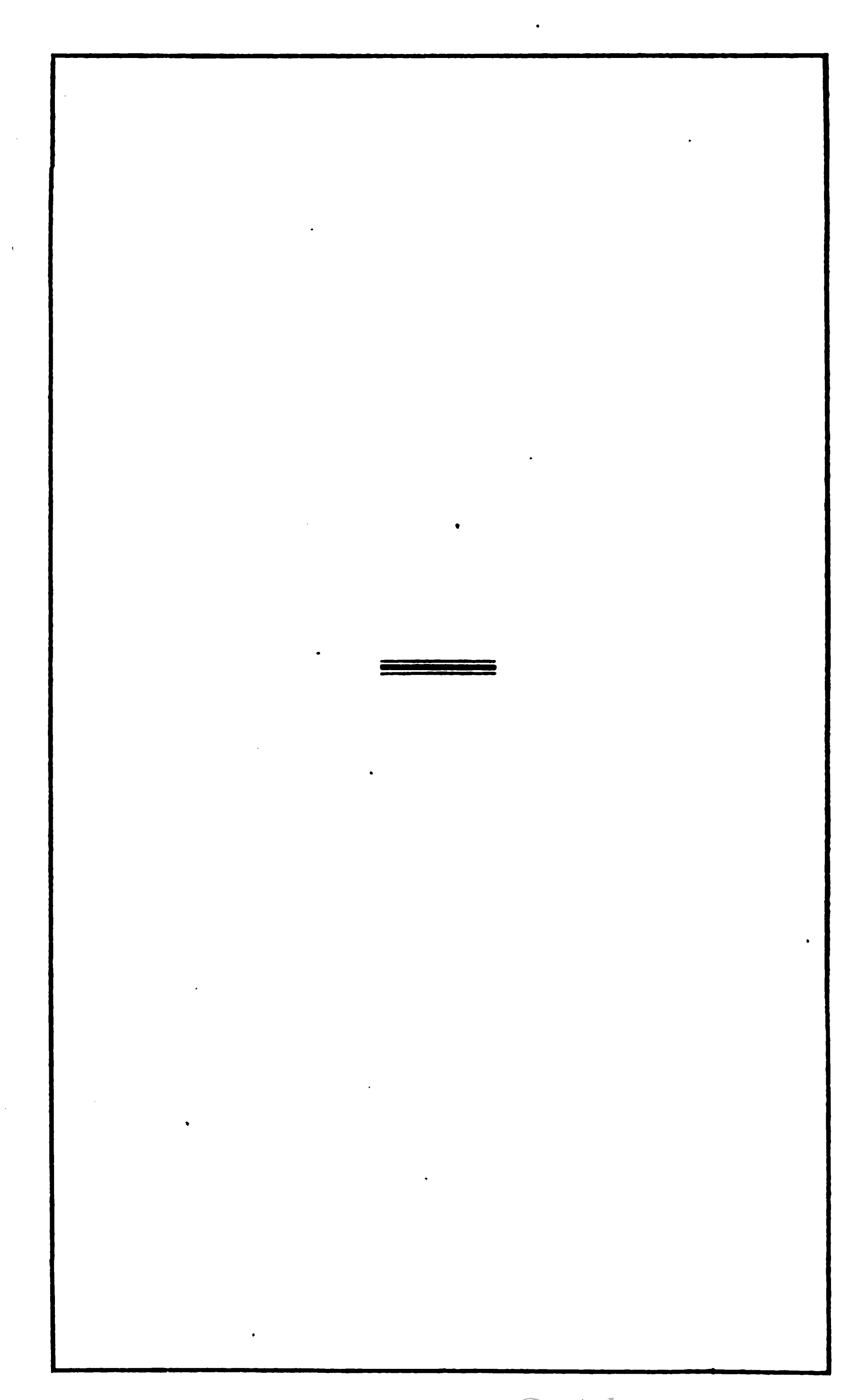
Faßt man nun alles zusammen, so ist der volle römische Goldsolidus von dem die l. Visigothorum in ihrem ältesten Teile spricht und der auch nach ihr in 24 siliquae zerfällt[141]), sehr früh außer Gebrauch geraten. Für den gotischen Teil von Südfrankreich kommen seit der zweiten Hälfte des 6. Jahrhunderts nur mehr goldene tremisses vor[142]), und auch in der frühen Araberzeit fehlt es weithin an vollen Goldsolidi. Erst seit dem Anfang des 10. Jahrhunderts gebrauchen die spanischen Araber wieder allgemein das volle Goldstück[143]), und von den Arabern wandert dann dasselbe seit dem 12. Jahrhundert zu den christlichen Spaniern des Nordens, wie die Bezeichnung morabetinus ausweist. Auch der goldene tremissis muß dort im wesentlichen vergessen gewesen sein; nur dadurch konnte der arabische Name metcal auch bei den Christen so häufig werden. Außer den arabischen Goldmünzen hat man dann auch im christlichen Spanien byzantinische verwendet, und der Name mancus mag auf diese Form deuten. Eigene Prägung hat jedenfalls in den ersten Jahrhunderten nach dem Zusammenbruch des Westgotenreichs vollkommen ausgesetzt[144]). Wie der richtigen Auffassung nach auch der solidus der fränkischen Rechtsquellen ein tremissis ist und deshalb der Silbersolidus von $^1/_3$ des römischen vollen Goldsolidus keine akute Herabsetzung der Werteinheit bedeutet, sondern mit dem üblichen Goldstück im Wert vollkommen zusammentrifft[145]),

---

140) Salat I S. 24.
141) C. Euric. 285.
142) Vaissete VII S. 314 f.
143) N. 3.
144) Wenn 1350, 1351 in Katalonien die Bezeichnung solidus aureus für die geprägte Goldmünze, also den morabetinus verwendet wird (N. 17), während unter morabetinus nur der usuelle morabetinus im Wert von $^1/_4$ der vollen morabetinus verstanden wird, so ist das wahrscheinlich keine Anknüpfung an die Bezeichnung der l. Visigothorium, die so sehr in Vergessenheit gekommen war, daß auch im fuero juzgo meist das Wort solidus mit maravedi wiedergegeben wird (fuero juzgo VII 6, 5, 2, 1); andere Male ist sueldo hier stehen geblieben (II 1, 24; V 5, 8), einmal auch (II 1, 17) mit Anwendung auf die Goldmünze. Sondern da ja auch der katalonische Silbergrossus als solidus vorkommt, so wird der Ausdruck solidus auri wohl aus dem Gegensatz zum Silbergrossus aufgenommen sein.
145) So meine Theorie in Vierteljahrsschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte XIII S. 337 ff.

so ist der gleiche Vorgang in Spanien zu verfolgen, und dort begegnen denn auch die Teilstücke dieses tremissis, die geradeso in Nordwesteuropa vorkommen.

So wird das für den Norden gewonnene Resultat durch das spanische Münzwesen auf das genaueste bestätigt. Das Ganze aber ist die natürliche Folge dessen, daß eine Welt, die so geringe Geldwirtschaft hat, wie das frühe Mittelalter, mit so großen Goldmünzen, wie es der römische solidus ist, nicht zu arbeiten vermag; geradeso wie man sich ja auch mit dem Denar als größter Silbermünze und so für die Silbermünze mit dem vier- bis fünffach kleineren Betrag, wie die moderne Welt, begnügte, ebenso verfuhr man mit der Goldmünze.



Der Beweis im Strafverfahren des Schwabenspiegels und des Augsburger Stadtrechts.

Rechtsvergleichende Studie von Dr. Hermann Knapp, Reichsarchivrat in München.

Einleitung [1].

»Wissen wir ja leider noch immer nicht, was älter, der Schwabenspiegel oder das Augsburger Stadtrecht,« war die letzte Äußerung, welche der fast neunzigjährige Bearbeiter des ersteren, Ludwig von Rockinger, über sein Schmerzenskind mir gegenüber kundgab. Freilich das Jahr, in dem der Kompilator dieses Rechtsbuchs die Urschrift vollendete, ist noch immer in Dunkel gehüllt; daß dies aber um 1275 geschah, hat viel Wahrscheinlichkeit für sich, so daß also, da das AStR. 1276 endgültig feststand, beide Rechtsbücher so ziemlich gleichzeitig ins Leben traten. Wohl wurde jenes sogleich ein mit Vollzugskraft ausgestattetes öffentliches Recht, während der Schwsp. als schlichte Privatarbeit erst mühsam Ansehen und Verbreitung erkämpfen mußte, schließlich aber einen geradezu unvergleichlichen Siegeszug durch ganz Oberdeutschland unternehmen durfte. Fassen wir jedoch die einzelnen Satzungen näher ins Auge, so pulsiert in denen des AStR. ein freieres, frischeres Leben. Und so verraten auch die Formen des Verfahrens mitunter ein neueres Gepräge, wie es dem vielgestaltigen Verkehr der emporblühenden Handelsstadt entspricht. Der Schwsp. aber schöpft, trotzdem er sichtlich bestrebt ist, durch seine vielfach trefflichen Normen alle rechtlichen Verhältnisse eingehend zu regeln, oft aus nicht mehr zeitgemäßen Quellen, und spricht sich daher selbst nicht ohne Grund nur subsidiären Charakter zu.

Eine »Darstellung des strafrechtlichen Inhalts des Schwsp. wie des AStR.« wurde bereits (1892) durch eine Dissertation des C. J. Caspar versucht. Es ist aber jener so sehr vom Standpunkt des modernen Juristen aus beleuchtet und nicht minder derart kursorisch behandelt,

[1]) Literatur: Homeyer, Sachsenspiegel (Ssp.); v. Laßberg, Schwabenspiegel (Schwsp. u. Sch.); Chr. Meyer, Stadtbuch von Augsburg (AStR. u. A); Rechtsbuch Ruprechts v. Freising (meine Ausgabe, Voigtländer, Leipzig); Planck, Gerichtsverfahren d. MA.; v. Kries, Beweis im Strafprozeß d. MA.; Loening, Reinigungseid bei Ungerichtsklagen; Herbert Meyer, Gerüft, Handhaftverfahren u. Anefang (Zschr. der Savignystift. 37 382 f.); Löffler, Schuldformen des Strafrechts; mein Schub u. Schieben im süddeutschen R. (Zschr. f. ges. StrW. 32 169 ff.); mein Übersiebnen der schädlichen Leute in Süddeutschland.

daß die sonst geschickt verfaßte Arbeit empfindliche Lücken und manche Mißdeutungen aufweist. Wie sehr übrigens eine gründliche Ausbeutung dieses Stoffes als wissenschaftliches Bedürfnis zu erachten ist, bezeugt, daß sich schon jene Dissertation häufiger Anführung erfreut. Da die genaue Kenntnis unserer Rb. nach ihrer strafrechtlichen Seite hin auch für das Verständnis anderer schwäbischer Rechte von nicht geringer Bedeutung ist, gedenke ich selbst eine kurzgedrängte und doch möglichst erschöpfende Schilderung des Strafrechts beider Rb. zu entwerfen. Vor allem sei aber hier das Beweisverfahren, das Caspar noch nicht bearbeitet hat, mit seinen interessanten Besonderheiten ins Licht gerückt. Es werden demgemäß zuerst die Grundformen desselben und die Stellung der verschiedenen Delikte zum Beweise klargelegt, dann die einzelnen Beweisfaktoren ebenso in Vergleich gezogen werden; endlich sei das hieraus gewonnene Ergebnis der Forschung selbst ins Auge gefaßt.

1. Grundformen.

Es sollen hier die Grundregeln des Beweisverfahrens, und zwar nicht nur des Schwsp. und AStR., sondern auch des Ssp. wie des mehr oder minder vom Schwsp. abhängigen Rb. Ruprechts von Freising und des oberbair. LR. und Münchner StR. in kurzen Umrissen skizziert werden.

Ssp.: Bei handhafter Tat (Festnahme bei dieser oder Auffindung der entführten Sache) Überwindung mit sechs Helfern. Entkommt der Täter, erhebt man jedoch sofort das Gerüfte und wird die Klage nicht übernächtig, dann Ächtung und Richtung nach Gefangennahme. Bei Selbstgestellung, sei es nach, sei es ohne Ladung, Reinigungseid, den der Gegner durch Kampf zu verlegen vermag. In geringeren Fällen, die nicht an Hals und Hand gehen, Überführung meist selbdritt. Der Reinigungseid wird, je nach der Schwere der Beschuldigung, mit sechs und zwei Helfern oder allein geleistet. Mitunter bedürfen die Parteien auch wirklicher Zeugen.

Schwsp.: Bei Hantgetat (handhafter Tat oder Schub), wenn Verbrechen in Frage stehen, die an den Leib gehen, mit sieben, sonst selbdritt. So auch bei Tod des Täters. Bei Diebstahl und Raub genügt Beredung auf dem Schub, bei Notzucht überweist man selbdritt. Übersagen des (später) gefangenen Missetäters mit sieben Mannen bei Raub (eventuell mit drei), Diebstahl (Zeugen!, ev. mit zwei), Brand, Treubruch und Meineid. Ebenso des Toten. Sonst selbdritt (so bei fahrl. Tötung, Urkundenfälschung, unrechtem Eid, Zeugenbestechung, Heimsuchung) und mit drei Mannen (Wucher). Reinigungseid des Ungefangenen, wenn nicht Kampf, bei Ungehorsam nach Vorladung Ächtung. Er wird mit sieben Mannen, selbdritt, mit drei oder zwei Zeugen oder allein geleistet.

A S t R.: Bei Hantgetat keine Helfer mehr, abgesehen von Mordbrand, verräterischer Spähe und Gewichtsfälschung im Rückfall (selbdritt). Bei Notzucht wie Schwsp. Übersagung des Gefangenen selbsiebent bei Diebstahl, Straßenraub, Mordbrand, Zauberei Vergiftung, Totschlag (bei Flucht) und zum Nachweis der Ächtung. Ebenso Überwindung des Toten. Sonst selbdritt (so bei Handfriedbruch durch Totschlag, Brand- und anderer schwerer Drohung, Heimsuchung, Meineid, Verrat) und mit drei Mannen (Mord und Handfriedbruch). Reinigungseid des Ungefangenen wie oben. Er wird selbdritt oder allein geleistet.

R u p r e c h t v o n F r e i s i n g: Bei Hantgetat ohne Helfer, abgesehen von einigen Fällen, wie Brand (selbdritt oder mit drei Eiden) und Münzfälschung (selbdritt). Bei Notzucht selbdritt. Übersagen des Gefangenen mit sieben Mannen bei Raub (ev. mit drei), Diebstahl (Zeugen, ev. mit zwei), Meineid und falschem Zeugnis. Sonst Überführung selbsiebent (auf toten Mann), selbdritt, mit zwei Zeugen oder drei Eiden. Reinigungseid des Ungefangenen; der Kampf zählt zu den verbotenen Gerichten, d. h. man kann hiezu nicht gezwungen werden. Jener wird selbsiebent (bei Raub und Diebstahl), selbdritt und allein geschworen.

O b e r b a i r. L R. u n d M ü n c h n e r S t R.: Bei handhafter Tat und Schub keinen Helfer mehr. Übersagen des Gefangenen mit sieben Mannen bei allen großen Dingen (Ungerichten), sofern sie bei Tag vorfielen (bei Nacht gemäß MStR. 248 Reinigungseid selbviert). Bei einem »vermaerten« (berüchtigten) Übeltäter genügt die durch sieben bezeugte Notorietät der Landschädlichkeit, bezw. Todeswürdigkeit (249) zur Richtung. Übersiebnen auch bei Notzucht. Sonst Überführung mit fünf (bei falschem Zeugnis), selbdritt, mit zwei Zeugen und drei Eiden. Reinigungseid des Ungefangenen, Kampf nur noch bei Notzucht; in Fällen, in denen selbdritt übersagt werden muß, wird der Inzichter bei Auftreten eines Klägers gefangen zu Recht gestellt. Jener wird selbdritt oder allein geleistet.

2. Die Delikte und ihr Beweis.

F r i e d b r u c h: Nach Ssp. u. Schwsp. klagt man gegen den Friedbrecher mit oder ohne Kampf; bei Ergreifen auf handhafter Tat übersiebnet man ihn, bei Entkommen verfällt er der Acht. Flieht er in ein anderes Gericht, so folgen ihm nach Ssp. sieben Mannen und bestätigen dort die handhafte Tat. Er sühnt mit dem Haupt, nach Schwsp. auch mit der Hand. Friedbrecher und Ächter, welche bei der Festnahme niedergeschlagen werden, bleiben bußlos und man richtet sie trotzdem nach Maßgabe ihrer Tat [2]). So überführt man auch nach dem Kampf-

[2]) Ssp. III, 9, 2; I, 66, 1; II, 71, 5; II, 13, 5; Sch. 100, 266.



recht des Ssp. und Schwsp. den Frevler nicht wegen des Friedbruchs an sich, sondern in Rücksicht auf das Delikt, das jenen veranlaßte. Handelt es sich um Raub, so übersiebnet man ihn als solchen. Oder stehen Wunden in Frage, so sucht der Verletzte den Gegner selbdritt zu überwinden. Fehlt es aber an Helfern, so verlegt er ihm den Unschuldseid, indem er ihn zum Kampf zwingt [3]).

Das A S t R. befaßt sich zuerst mit dem Handfriedbruch durch Totschlag und Verwundung, siehe hierüber auch bei Totschlag. Wenn der »totslac zegagen und diu ware gewizzen«, so wird die wahre Schuld selbdritt bezeugt [4]). Wegen sonstigen Handfriedbruchs aber soll man bei dem klagen, in dessen Hand das Gelöbnis abgelegt wurde. Mißlingt es dem Vogt, den Frevler zurechtzuweisen, so soll ihn der Kläger mit drei Mannen überführen und seine Acht erwirken. Dasselbe gewärtigt der, welcher das Gelöbnis abnahm, sofern er seinen Beistand versagt [5]). Bezeugt sich endlich einer als Feind, so darf ihn der Bedrohte nicht zum Bekenntnis dessen zwingen, sondern er muß Leute zu ihm senden, »die im ervaren, ob er im vind sei« [6]).

H e i m s u c h u n g: Nach Ssp. wird sie wohl dem Friedbruch analog behandelt. Gemäß S c h w s p. überwindet der Kläger selbdritt mit denen, welche jene gehört und gesehen; mangels solcher bezeugen die, welche die hierbei fallenden Schüsse und Schläge vernahmen [7]). Auch nach A S t R. erfolgt die Beredung selbdritt; wo nötig, tritt der Mieter des Hauses als Kläger auf [8]). Erfolgt die Heimsuchung bei Nacht »bi beslozener tur und berochenem fiwer«, so erzeugt man sie mit dem Gesinde, unversprochenen Männern und Frauen [9]). Ebenso verfährt man gegen den, den man nachts im Haus begreift und mangels eines Schubs nicht als Dieb behandeln kann. An sich gilt die Heimsuchung als Hantgetat; die Beredung und Bestrafung sind aber bei Flucht des Frevlers die nämlichen [10]).

R a u b. Nach Ssp. und S c h w s p. wird der auf handhafter Tat betretene Räuber vom Kläger mit dem Schub überwunden, auch wenn jener bei der Festnahme getötet worden ist [11]). Gelingt es erst später, ihn dingfest zu machen, so findet nach Schwsp. die Übersagung mit sieben bezw. drei Mannen statt. Für den Getöteten kann ein Freund eintreten und den Eid durch Kampfesgruß verlegen [12]).

Entdeckt man bei einem die geraubte Sache (Schub), so gilt er, wenn nicht zugleich handhafte Tat vorliegt, noch nicht als Räuber. Er kann auf einen Gewähren (auctor) ziehen, von dem er jene gutgläubig erworben haben will. Hierüber beim Anefang. Gegen den, welcher solches Gut nicht herausgibt, geht man selbdritt vor; ebenso

[3]) Ssp. I, 63; Sch. 79 II. [4]) A. 52, 1. [5]) A. 52, 2.
[6]) A. 2. Teil, 17. [7]) Sch. 301, I. [8]) A. 51, 6. [9]) A. 51 Z. 4.
[10]) A. 51 Z. 5. [11]) Sch. 42, 76 II, 298. [12]) Sch. 234.

überweist man den der Fahrlässigkeit, der sich anvertrautes Gut rauben ließ [13]). Der auf der Hantgetat Ergriffene darf sich jedoch nicht auf gutgläubigen Erwerb berufen, d. h. auf einen Schub ziehen. Hat ein Räuber bereits sein Recht vor Gericht verloren, so wenn er z. B. das entführte Gut zwangsweise zurückerstattete, so kann er sich bei abermaliger Bezichtigung nur durch Ordal retten [14]).

Nach A S t R. genügt es zur Überwindung des Räubers, ihn auf handhafter Tat zu ergreifen oder des Schubs (des Raubes) zu »gehaben«. Weiterer Helfer bedarf es auch hier nicht mehr. Wird er erst später» benötet«, so kann man ihn selbsiebent übersagen. Andernfalls muß man, um zum Ziel zu gelangen, den Räuber »furtagen«, d. h. vorladen. Stellt dieser sich nun an einem der ihm gesetzten drei Termine frei und ledig dem Richter, so weist er die Beschuldigung durch einfachen Reinigungseid zurück [15]).

Wird ein Straßenräuber, der Pfaffen, Pilger, Kaufleute usw. überfallen, an der »Hantgetat« ergriffen und beschwört der Kläger, daß die Beute mehr als 3 ℔ beträgt, so richtet man ihn nicht wie den Landräuber mit blutiger Hand, sondern man henkt ihn an der Reichsstraße auf [16]).

B r a n d. Ssp. und S c h w s p. heben lediglich die Strafen des Brenners hervor. Ersterer richtet auch den Mordbrenner mit dem Schwert, der Schwsp. indes mit dem Rad. Im »übrigen wird hier gemäß« der Constitutio contra incendiarios von 1186 übersiebnet [17]).

Ausführlicheres danken wir dem A S t R.: »Brennt« jemand einen Burger und wird der Täter offenbar, so richtet man über ihn mit dem Brand. Wird er aber an dem Schaden nicht begriffen, so bietet man ihm vor, worauf dann Reinigung oder Ächtung Platz greifen. Wird ein eingesessener Mann, der gewiß ist, eines Brandes in der Stadt bezichtigt, so vermag er sich freizuschwören. Nicht billigt man aber den schlichten Unschuldseid dem nicht gewissen Ausmann zu; er muß vielmehr mit unversprochenen Männern und Frauen nachweisen, wo er zu der Zeit, da der Schaden geschah, weilte, und daß er schuldlos sei: Mißlingt ihm der Alibibeweis, so geht er seiner Augen verlustig [18]).

Anders bei M o r d b r a n d. Hier soll der Gefangene selbdritt durch Schiebung eines Brandes von dem Gut, das er angezündet, überwiesen werden. Fehlt es am Schub, so bedarf man sechs Helfer [19]).

Steht nur eine B r a n d d r o h u n g in Frage, so kann dem Festgenommenen der Eid gestattet werden, man bezeuge ihn denn der »dro« selbdritt. Diesfalls hat ihn der Vogt so lange festzuhalten, bis er Bürgen stellt, »daz man ane angest vor im sei«. Ebenso, wenn die

13) Sch. 332, 228, 229. 14) Sch. 41, 48. 15) A. 52.
16) A. 32, 2. 17) Ssp. II, 13, 4 u. 5; Sch. 174; MG. Const. 1, 449.
18) A. 33. 19) A. 33 Z. 4.



Drohung in des Klägers Gegenwart geschah. Tritt kein Bürge für ihn ein, so soll ihn der Vogt nach acht Tagen dem »selpscholen«, d. h. dem Gegner antworten, welcher ihn ebenfalls erst dann freiläßt, bis er ihn »gewisset, daz er u. die nahgeburn vor im ursorge sin«. Ebenso wird bei sonstiger Drohung an Leib und Gut wie bei Nötigung selbdritt übersagt [20]).

Totschlag. Der handhafte Totschläger wird nach Schwsp. analog dem Ssp. überliefert, der Leichnam hiebei als blickender Schein oder »schynbare getate« vor Gericht gebracht. Sonst muß der Kläger den Täter durch Vorladung ins Unrecht setzen, d. h. zur Acht bringen. In der Regel erwirkt der flüchtige Totschläger sicheres Geleit, um sich vom Verdacht reinigen oder mit des Getöteten Sippe über die Abfindung verhandeln zu können [21]).

Macht er Notwehr geltend, so soll er sich und sein Schwert dem Richter überantworten, welcher ihn eventuell sechs Wochen in Haft behält, um abzuwarten, ob nicht ein Mage des Toten ihm den Reinigungseid durch Kampf verlegt. Ist jener außer Landes, so währt die Festhaltung, wenn sich der Beklagte nicht ausbürgt, bis zu zehn Jahren. Klagt nun jemand gegen ihn, so soll ihn der Richter ausliefern und den Toten vor Gericht bringen lassen. Der Täter führt aber eidlich aus, er sei drei Schritte vor seinem Gegner, der ihn zuerst angegriffen, zurückgewichen und habe ihn erst, als er sich seiner nicht mehr zu erwehren vermochte, niedergeschlagen. Selbdritt bringt man die Notwehr dem Straßenräuber gegenüber, den man beim Überfall getötet hat [22]).

Selbdritt überweist man ferner den, der beim Schießen nach einem Vogel, durch Baumfällen oder Wagenumwerfen jemand fahrlässig vernichtet hat. Verletzt einer seinen Schuldner bei der Festnahme tödlich, stirbt dieser aber erst nach einem Jahr im Gefängnis, so entgeht der Täter der Richtung, wenn er mit sieben Mannen nachweist, daß ihm sein Gegner noch vor seinem Tod verziehen hat [23]).

AStR. Wird der Täter gefangen vor Gericht gebracht und ist der Totschlag »unlaugen«, so gilt »lip wider lip«, und man richtet mit blutiger Hand. Entkommt er und will er »sein laugen bieten«, so läßt man ihn zum Reinigungseid zu. Er kann diesen hier ausnahmsweise zu stärkerer Bekräftigung (durch sin selbes ere) selbdritt leisten; »ez enist aber doch niht recht«. Vermag er jenes nicht und ist er mittellos, so verfällt er der Acht, während sich der wohlhabende Täter durch Wergeldzahlung freilösen kann [24]).

Die Notwehr bringt man selbdritt mit denen, die sie gesehen. Geschah sie ohne Zeugen, so soll sich der zu ihr Gezwungene direkten Wegs zum Vogt begeben und sich wie sein Schwert in dessen Gewalt antworten. Jener soll dann nach zwei unversprochenen Leuten senden,

[20]) A. 33 Z. 1. [21]) Sch. 79 I, 109. [22]) Sch. 79 II c, 314 III.
[23]) Sch. 182—184. [24]) A. 28.



damit sie dies bezeugen. Zur Ausführung der Notwehr bedarf es diesfalls nur des Eineids; Buben und ungewisse Leute können sich nur mit Zeugen freischwören. Wird er auf dem Weg zum Vogt festgenommen, so genügt ebenfalls der einfache Schwur; ertappt man ihn jedoch auf einer andern Straße, so daß er auf Flucht bedacht scheint, so kann seine Versicherung, daß er sich zum Vogt begeben wollte und unschuldig sei, durch den Gegner selbsiebent verlegt werden [25]).

Wer den Handfrieden durch Totschlag bricht und gefangen wird, dem gegenüber soll man, wie erwähnt, die wahre Schuld bewähren und ihn zudem selbdritt übersagen. Entweicht er, so bleibt der Kläger wieder auf die dreimalige Ladung angewiesen. Wird jener in der Acht gefangen, so genügt der Achtbrief als Zeuge [26]).

Ähnlich bei Wunden, nur daß man hier nicht das Haupt, sondern nur die Hand verwettet [27]).

Mord. Den Mörder, heißt es im Schwsp., soll man überwinden mit Gezeugen oder Kampf; er wird dem Totschlag analog behandelt. Als Mörder gilt auch der Pasquillant [28]).

AStR. Wird der Täter an »der hantgetat« begriffen, so »gehoret daruber chain geziuk noch anders me«. Wird er sonst gebunden und gefangen vorgeführt, so überkommt man ihn mit drei Männern oder Frauen, die es wissen und gesehen haben. Wird endlich ein des Mordes bezichtigter, unversprochener Mann »furgeboten«, so entschlüpft er durch Reinigungseid, wenn ihm diesen nicht ein Nagelmag durch Kampf verlegt. Kommt jener jedoch nicht schon auf die erste Ladung hin, so kann er nur noch auf den Toten gerichten; der einzige Fall, in dem das sogenannte Bahrrecht im AStR. eine Rolle spielt [29]).

Wird jemand mit Zauberei an der Hantgetat ergriffen und geht es seinem Opfer an das Leben, so richtet man ihn als Mörder; mangelt es an jener, so muß man übersiebnen. Letzteres ist auch bei Vergiftung, selbst wenn der Gefährdete keinen Schaden erleidet, Brauch [30]).

Leibes- und Ehrverletzungen. Bei ihnen ist gemäß Schwsp. in der Regel keine bestimmte Zahl von Helfern oder Zeugen benötigt; die Buße wird festgesetzt nach weiser Leute, der Freunde, des Richters Rat und in Rücksicht auf Schuld, Geburt und Würdigkeit. Ebenso bei Schelte und Anlügen [31]). Wer einen fremden Knecht schlägt, rauft usw., soll beschwören, daß er dies nicht dem Herren zu Schanden und Laster getan, dann schuldet er wenigstens diesem keine Buße [32]).

Die Verleumdung aber ist dem Verrat gleichgestellt. So finden wir im Schwsp. den »Verreder«, der mit seiner Rede einen »verbal-

---

[25]) A. 48. [26]) A. 52. [27]) A. 52 Z. 1 u. 2. [28]) Sch. 174a.
[29]) A. 30 u. Z. 1. [30]) A. 39. [31]) Sch. 98, 176, 325 I. [32]) Sch. 179.

mundet« und der Ketzerei oder Sodomie beschuldigt, wie den, der ein Pasquill über ihn fertigt und auf die Straße wirft oder sonst durch sein Verleumden an Leib, Gut und Ehre schädigt. Man soll ihn mit Geziugen oder Kampf überwinden und dann als Mörder rädern [33]. Wirft einer dem Vater seiner Frau vor, daß er ihm diese nicht als Magd übergeben, so wird der Beweis mit den Leuten, die es »kennen künnen und dem gewant, daz under der megede lit«, geführt [34].

Nach A S t R. muß der Kläger das Verwunden mit gewaffneter Hand selbdritt bringen, die Leme gegen den gefangenen Täter aber mit drei Mannen. Stellt dieser sich aber frei und ledig dem Gericht und ist »diu ware wizzen da«, so kann er sich höchstens selbdritt mit Notwehr entschuldigen. Vermag er dies nicht, so überwindet ihn der Gegner selbdritt. Ist aber die Tat nicht notorisch, so »embristet« der Beschuldigte mit Eineid. Böse Leute dürfen hier ihre Schuldlosigkeit nur mit Zeugen verfechten, und wen man der Tat bezichtigt, darf in derselben Sache nicht als Zeuge vernommen werden. Im übrigen ist es Pflicht der Wundenmeister, die Verletzungen zu schätzen und auf Buße zu erkennen [35].

Wer aber »böser dinge beliumundet« wird, »embristet« er mit Eineid, so hat der Verleumder mit der Strafe der inkriminierten Tat zu sühnen. Bei Anzweiflung des Magdtums sollen witzige und ehrbare Frauen, denen wohl zu glauben, die Untersuchung vornehmen. Wer endlich des andern Leib oder Gut »verratet« so, daß diese durch die »verratnusse« verloren gehen, »da horet lip wider libe«, während des Verräters Gut dem Kläger oder dessen Erben verfällt [36].

Von den Sittlichkeitsdelikten ist lediglich die N o t z u c h t hervorzuheben. Vom Ehebruch ist allein die Strafe angeführt; über ihn wie die Sodomie finden wir Näheres bei Ruprecht. Man soll die Notnunft klagen mit Gerüchte, sagt der Ssp., durch die handhafte Tat und die Not, welche die Überfallene glaubhaft machen soll [37]. Nach S c h w s p. wird sie dann als Hantgetat behandelt, wenn die Vergewaltigte wenigstens sofort um Hilfe ruft, den herbeieilenden Leuten ihr Leid klagt und mit diesen »Schreimannen« unter fortdauerndem Wehrufen zum Richter eilt. Nach andern Rechten geschieht jene Klage in einer ihrer verzweifelten Lage entsprechenden Verfassung (mit zerrissenem Gewand, flatterndem Haar); was auch nach dem Schwsp. gefordert sein mochte. Vor Gericht übersagt sie den Täter selbdritt, der, sofern sie bei dem Überfall noch Magd war, lebendig begraben, sonst enthauptet wird. Daß sie nicht mehr Jungfrau gewesen, darf er selbdritt erweisen. Erfolgt die Untat in einem Haus und kommt auf das Rufen hin niemand zu Hilfe, so werden das

[33] Sch. 174a. [34] Sch. 201 i. [35] A. 49.
[36] A. 45 u. Z. 1; 36, 3. [37] Ssp. II, 64, 1.





Haus wie die Lässigen selbdritt übersagt, jenes gewüstet und alles darin Lebende getötet [38]).

Außerdem werden drei Fälle unterschieden. Eine Verlobte wird auf einem Acker überfallen, wo ihr Schreien nutzlos wäre, da es ungehört verhallen würde. Man soll den Täter trotzdem töten, sie darf nichts Übles darum leiden. Hätte aber ihr Gerüfte vernommen werden können, so ist ihr Schweigen todeswürdig. Sie wird mit ihrem Vergewaltiger gesteinigt. Ist sie endlich noch nicht »hingeschworen« und ruft sie nicht, wiewohl es wider ihren Willen geschieht, so soll sie ihr Vater aus steuern und der Frevler heiraten [39]). Man sieht, welche bedeutsame Rolle hier dem Gerüfte zukommt.

Gemäß A S t R. wird der handhafte Notzüchter stets lebendig begraben. Ist er entkommen und leugnet er die Notnunft, so soll man ihn fürgebieten und zum Schwur kommen lassen, es wäre denn, daß die Klägerin ihn mit unversprochnen Mannen und Weibern, »die daz geschrai gehoret«, übersagt. Es werden ihr, um diese ausfindig zu machen, drei Fristen gewährt. Vermag sie dies jedoch nicht, so soll sie »in allem dem rechte stan, als der, der da gen ime stunt«. Bleibt der Geladene aus, so geht der Vogt mit Acht gegen ihn vor. Hat aber die Tat niemand gesehen noch gehört und stellt sich jener auf Klage hin zu Recht, so entschlüpft er mit Eineid, was ihm jedoch die Frau durch Kampf wehren kann [40]).

D i e b s t a h l. Hier greift an sich das Verfahren Platz, das bei Raub zur Anwendung gelangt; nur daß der ohne Handhafte ergriffene Dieb mit sieben Zeugen, die die Tat für wahr wissen und sie sahen, übersagt werden muß. Ist indes der Beschuldigte übel beleumundet, so genügen zwei. Für den bei der Festnahme getöteten Dieb kann ein Freund eintreten und den Schwur durch Kampfesgruß verlegen [41]). Über das Ziehen auf den Schub (Gewähren) bei Entdeckung einer gestohlenen Sache siehe bei Anefang. Sonst geht man gegen den, der Diebsgut nicht herausgibt, selbdritt vor; ebenso überweist man den der Fahrlässigkeit, der sich anvertrautes Gut entwenden ließ [42]).

A S t R. Wie beim Räuber, so genügt es bei dem Dieb zu seiner Überwindung, wenn man ihn auf handhafter Tat ergreift oder des Schubs »gehabt«. Ist der Schub 60 ₰ wert und kommt auch kein Schieben auf den Gewähren in Frage, so richtet man, wenn der Kläger auf dem Schub beredet, »daz er ez im verstolen habe«, »ane blutige hant«, d. h. mit dem Strang. Andernfalls übersagt er den lediglich Gefangenen selbsiebent, wie er den Entkommenen vorladen muß [43]).

Dem an der Hantgetat ergriffenen Säckelschneider schlägt man den Daumen ab, bei einem Wert von über 60 ₰ hängt man ihn [44]). Wen

[38]) Sch. 254, 311. [39]) Sch. 2011. [40]) A. 31. [41]) Sch. 174, 316, 298, 225. [42]) Sch. 57, 228. [43]) A. 34. [44]) A. 55.

man nachts in seinem Kornfeld betritt, den soll man morgens mit den abgeschnittenen Ähren (Schub) oder selbdritt bereden. Geschieht es bei Tag, so soll man den Frevler pfänden; entweicht er mit der Beute in ein Haus, so beschlagnahmt man sie dort. Ähnlich bei dem Gartendieb: Das bei ihm Vorgefundene wie den sonstigen Schaden soll man auf ihn schieben [45]).

Bei Einbruch und Nachschlüsseldiebstahl werden das zerbrochene Schloß oder die falschen Schlüssel auf den Dieb geschoben [46]). Ebenso das Roß auf den Pferdedieb unter der Beredung, daß jenes vor der Wegnahme dem Kläger gehört habe. Dies gilt für jedes Vieh, dessen Wert mehr als 60 ₰ beträgt. Der Richter hat den Schub selbstverständlich wieder dem Eigentümer oder sonst Berechtigten zurückzuerstatten [47]).

Hehlerei. Im Schwsp. tritt der Hehler zugleich als Anstifter auf; es findet dann Kampf zwischen ihm und dem Dieb, auf den jener die Ware geschoben, statt [48]). Im AStR. sind bei dem Betreten mit dem Schub die Fälle, wo Diebstahl oder Hehlerei in Frage stehen, nicht unterschieden. Der Kläger geht, um die Ware wiederzuerlangen, selbdritt oder mit Anefang vor, dem Bezichtigten steht, sofern er unverdächtig, eventuell der Reinigungseid zu [49]).

Wucher. Nach Schwsp. überzeugt man hier mit den Bewucherten oder andern Leuten, die Wahres wissen, und drei Mannen; gemäß AStR. ist die Abwandlung Sache des geistlichen Gerichts [50]).

Untreue. Im Schwsp. ist zuerst der Treubruch aufgeführt; man überzeugt den Treulosen mit sieben Mannen, daß er die »triwe zerbrochen« (»er sol ouch wissen mit win oder wie«). Fehlt es jedoch an Gezeugen, so entscheidet der Kampf (daz mag man wol tun umbe ein mein) [51]). Empfiehlt man einem eine Sache auf Treue und dieser wird verdächtigt, daß er »übel daran getan«, so billigt man ihm keinen Reinigungseid zu, er muß sich vielmehr einem der drei Gottesurteile unterwerfen. Ist der Bezichtigte Vormund oder Pfleger, so kann dieser bereden, daß er das Gut zum Nutzen des Kindes angelegt hat. Ist er jedoch bereits verschieden, so überwindet man ihn mit sieben Mannen, welche des Kindes Genossen sind [52]).

Nach AStR. geht der Ausmann zum Nachweis, daß er einem Bürger Gut zu treuen Handen empfohlen, selbdritt (mit Bürgern) vor, gegen den Toten mit der Klage auf den moltigen Mund (selbsiebent bezw. selbdritt) [53]). Es sind hiebei vornehmlich zivile Fälle ins Auge gefaßt.

Fälschung. Bietet ein Münzer mehr als zwölf falsche Pfennige aus, so kann er sich durch Schub auf einen Gewähren retten, und trotz-

[45]) A. 89, 90. [46]) A. 34, 2; 96. [47]) A. 34, 3.
[48]) Sch. 226. [49]) A. 34, Z. 1, 9. [50]) Sch. 160, 289.
[51]) Sch. 99, 49. [52]) Sch. 64, 66. [53]) A. 10, 10; 87, 2.



dem muß er eidlich dartun, daß er sich der Unechtheit des Geldes nicht bewußt war. Wurde er aber des nämlichen Frevels schon früher einmal geziehen, so bleibt ihm zur Ledigung von der Strafe an der Hand allein das Ordal. Auch der Laie gewärtigt Handverlust, nämlich wenn man bei ihm fünf Schillinge falschen Geldes findet und er auf keinen Schub zu schieben vermag. Ebenso überweist man die Münzherren, welche falsches Geld schlagen lassen, mit den Pfennigen [54]).

Jene Grundsätze mögen für alle Fälschungen gelten, wie ja auch bei Ruprecht jede gefälschte Ware ohne weiteres auf den hiemit Betretenen geschoben wird und es dann dessen Sache ist, die Rechtfertigung durchzuführen [55]). Den Urkundenfälscher jedoch, d. h. den, der falsche Handfesten oder Briefe gefertigt, übersagt man, sofern er ein Laie, selbdritt, »daz er wol wiste, daz ez valschz waz, daz er da schreip«. Den Geistlichen überantwortet man dem Bischof zur Ahndung [56]).

A S t R. Findet man bei einem mit Wahrheit Gold oder Silber, d. h. auch Geld, das »uber halp valsch«, so soll man ihn henken. Entdeckt man derartige Pfennige in eines biderben, unversprochenen Mannes Gewalt, so darf dieser sich vor offenem Gericht reinigen, daß er das Falschgeld »ane geverde und niht mit wizzende«, auch wer es ihm gegeben, erhalten habe. Sind es mehr falsche Pfennige und der Verdächtige ein Fremder (Gast), so kann der Kläger schieben. Will er dies nicht und ist jener ein »erchant und erbarer« Mann, so steht diesem auch der Unschuldseid zu. Ist aber »der beschaidenheit aller da niht«, so richtet man »ane blutige hant«. Handelt es sich um weniger als 60 ₰, so muß man einen ehrbaren Mann unbedingt zum Freischwur kommen lassen. Hiegegen riskiert der nicht gewisse Mann Schlagen an der Schraiat, Zähnebrennen und Verweisung [57]).

M e i n e i d. Den, der »mein« schwört, überwindet man nach Schwsp. mit sieben Mannen; ermangelt man der Helfer, muß man auf Kampf klagen [58]). Als meineidig gilt auch der, der zu diesem herausgefordert, ungehorsam ausbleibt, falsch rügt oder sich des Reichsguts unterwindet [59]). Bei u n r e c h t e m E i d überwindet man selbdritt; es handelt sich hiebei um den nicht in vorgeschriebener Form geleisteten Schwur [60]). Ebenso wird der b e s t o c h e n e Z e u g e mit denen, die es für wahr wissen, übersagt. Ersterer darf überhaupt, letzterer ein Jahr nicht mehr als Zeuge auftreten [61]).

Gemäß A S t R. »bewährt« man den Meineidigen selbdritt. Hieher zählen auch der, der wider das Ungelt redet, sowie der verwiesene Schuldner, der ohne Erlaubnis heimkehrt bezw. Bannbruch begeht.

---

[54]) Sch. 192; 363 II. [55]) S. mein Schub u. Schieben 184.
[56]) Sch. 369. [57]) A. 37. [58]) Sch. 367 I.
[59]) Sch. 79 IV, 313, 362. [60]) Sch. 170. [61]) Sch. 89.

Wer einen gestabten Eid »williclichen« geschworen und dann gebrochen, darf, wenn dies selbdritt mit solchen, welche es gehört und gesehen, bewährt wird, keine Zeugschaft mehr leisten [62]). Ebenso macht man gegen den bestochenen Zeugen selbdritt geltend, »daz man im darumb gaeben habe oder geheizzen« [63]).

Verrat. Der eigentliche Verräter ist im Schwsp. nicht gewürdigt, der »Verreder« bei Verleumdung aufgeführt. Hier auch das Verraten des AStR. Im übrigen zählt das Verraten des rechten Herrn wie anderer biderber Leute zu den kampfwürdigen Sachen [64]).

Schließlich sei gemäß AStR. als verräterische Handlung auch die Tat dessen, den man an der Spähe ergreift, hervorgehoben. Ich habe an anderer Stelle die drastische Ahndung dessen, der an des Nachbarn Haus lust oder lauscht, »verhütet« und wegwartet, hingewiesen; hier scheinen angesichts der strengen Bestrafung (Ausschneiden der Zunge und Verweisung) ein besonders bedenkliches Auflauern oder Kundschafterdienste zum Schaden der Stadt in Frage zu stehen. Die Verurteilung findet hier statt, sofern der Gefangene selbdritt übersagt wird, sei es, daß er es offenbar getan oder es »verjaehen« hat oder sonst die wahre Schuld vor Augen ist. Kehrt er unerlaubt zurück, so kostet es ihm die Augen [65]).

3. Die einzelnen Beweismittel.

a) Handhafte Tat.

Die Hantgetat des Schwsp. und AStR. Durch das Verbrechen macht sich der Täter zum friedlosen Mann; jeder ist berechtigt, ihn bei dessen Ausführung oder auf der Flucht nach derselben festzunehmen und bei Gegenwehr niederzuschlagen. Nach anderer Ansicht freilich soll hier weniger Friedlosigkeit vorliegen, als eben in jenem Fall dem an Leben oder Gut Bedrohten noch das alte Racherecht zugebilligt sein. Bei der Festnahme stößt er den Hilfeschrei, das Gerüfte aus, wodurch alle in der Nähe befindlichen Gemeindegenossen verpflichtet werden, zur Überwindung und Fesselung des Täters herbeizueilen. Bei Tötung desselben mochte anfangs ein förmliches Gerichtsverfahren gar nicht üblich gewesen sein und lediglich ein Eid des Klägers zur Verlautbarung der Friedlosigkeit des gefällten Gegners seiner Magschaft gegenüber ausgereicht haben.

Die Helfer geleiten als Schreimannen den Kläger und den Gefesselten, dem die Handhafte auf den Rücken gebunden ist, vor den Richter. Hier erst endigt das fortgesetzte Gerüfte, damit »der vorübergehende Zustand der Handhaftigkeit und Augenscheinlichkeit bis in

[62]) A. 53. [63]) A. 59.
[64]) A. 47. [65]) A. 93; Archiv, Bd. 66 H. 2, 252.

die Gerichtsverhandlung festgehalten wird« [1]). Denn erst dadurch wird ja dem Gericht die Erhebung des Gerüftes im Moment der Tat verlautbart. Die Schreimannen bekunden aber durch ihre Folge, daß sie die sichere Überzeugung beseelt, daß der Hilferuf nicht grundlos erschallt ist und die Festnahme durchaus berechtigt war. Andernfalls würden sie den Kläger noch auf dem Wege im Stich lassen und er dann bar jedes Beistandes im Gericht (Notding) anlangen. In Hinsicht auf die Notnunft sei erwähnt, daß die Genotzüchtigte neben dem Hilferuf noch durch ihre äußere Verfassung und ihr Gebaren (zerrissenes Gewand usw.) die Verwaltigung bekunden muß. Eilt man ihr im Hause nicht zu Hilfe, so wird, wie erwähnt, alles Lebende in ihm getötet und es selbst gewüstet.

Im Gericht wird dann die Handhafte beschaut und geschätzt, womit das Todeslos des Armen, dem kein Rettungsversuch mehr freisteht, besiegelt ist. Nach Schwsp. treten sechs Helfer nur in den Fällen, welche an den Leib gehen, außer bei Diebstahl und Raub auf, in geringeren genügen deren zwei. Die Behauptung indes, daß nicht nur im Handhaft-, sondern auch im gewöhnlichen Übersiebnungsverfahren der gefangene Friedlose gar nicht als Partei zu betrachten sei, scheint etwas gewagt; wenigstens widersprechen dem die meisten Halsgerichtsformulare. Diese bestärken uns zudem in der Vermutung, daß das Gerüfte, obwohl dessen im Schwsp. hier nicht gedacht ist, trotzdem auch nach seinem Verfahren üblich war und ein unbedingtes Erfordernis zum Sieg des Klägers bildete. Denn jene süddeutschen Formulare wie die Weistümer unterstehen, als seinem Rechtskreise angehörend, mehr oder minder dem Einfluß des Spiegels. Die vom Täter gemachte Beute fällt an den Eigentümer zurück. Ist jener bei der Festnahme niedergemacht worden, so findet Gericht über den Toten statt.

Gemäß Schwsp. soll man bei schynbarer Getat und raublicher Gewere sofort richten. Wird ein Dieb oder Räuber mit Hantgetat ergriffen, darf er an keinen Geweren (auctor, s. bei Schub) mehr ziehen. Dem Franken steht bei Totschlag der Reinigungseid zu, wenn jener nicht handhaft ist. Über Hantgetat darf man auch an gebundnen Tagen richten [2]).

Nach AStR. ist bei Hantgetat Eideshilfe meist nicht mehr nötig; liegt die Handhafte vor, so braucht man in der Regel keine Gezeugen mehr. Doch sind hier einige Ausnahmen anzuführen. So bedarf es trotz der Ergreifung an der Tat in den Fällen des Mordbrands, der verräterischen Spähe und der Gewichtsfälschung im Rückfall zweier Helfer. Das Gerüfte ist in ihm nicht erwähnt. Es sei hier jedoch an die

---

[1]) Loening 80; Herb. Meyer; Löffler 27; v. Kries 198f.; mein Schub u. Schieben; Ssp. 2, 35.

[2]) Sch. 76 II, 298, 100, 123.

Satzung über die Sturmglocke erinnert, welche man bei Feuer, Diebstahl, Raub und Zerwürfnis zwischen den Bürgern und Gästen läuten soll [1]).

b) Schub.

Darf der mit der Handhafte auf der Tat oder Flucht nach dieser Festgenommene auf keinen Gewähren (auctor), von dem er die bei ihm gefundene Ware rechtmäßig erworben haben will, mehr ziehen, so ist die Lage dessen, bei dem man den Diebstahl oder Raub später entdeckte, weit günstiger zu nennen, denn er kann eventuell Anspruch auf Frist zur Herbeibringung des Gewähren erheben. Immerhin ist es nach Schwsp. an sich völlig der Hantgetat gleichgestellt, wenn bei einem »diupheit« begriffen wird, »da in selbe die schulde zutreit, daz ist, daz er selbe verstolen hat« [2]).

Ebenso äußert sich das AStR.: »swer auch den schup gehaben mak, der im verstolen ist, daz si lang oder kurz gestanden,« d. h. lange oder kurze Zeit, nachdem er dem Eigentümer entwendet worden, aufgefunden wurde, »daz sol als gut kraft haben, als ob man in an der hantgetat begriffen hab« [3]).

Die Bezeichnung Schub für Handhafte gehört vornehmlich dem Gebiet Schwabens an. Er bedeutet übrigens nicht nur jene, d. h. den Gegenstand des Beweises der Beschuldigung, sondern letztere selbst. Schub heißt aber auch der Gewähre, auf den man die Schuld schiebt und den gutgläubigen Erwerb zurückführt. Ferner bezeichnet man damit die Gebühr, welche dem Richter beim Schieben zufällt. Endlich kommt er dem heutigen Aufschub gleich wie dem Schieben an das höhere Gericht behufs Rechtsbelehrung [4]).

Der Schub spielt im Schwsp. vornehmlich bei Diebstahl und Raub eine gewichtige Rolle. Den Räuber überkommt man mit Schub, Zeugen oder Ordal [5]). Den toten Mann, der bei Betretung auf der Tat erschlagen wurde, soll man »umb die notwere« richten, nicht jedoch, wenn man »raube oder diepheit« bei ihm begriff. Und hat man den Schub, »man scheubet auf den toten, als ob er lept« [6]). Findet man indes bedenkliches Gut sonst in eines Mannes Gewalt, so kann man ihn, wenn er nicht rechtlos, noch keines Verbrechens zeihen. Zieht er auf einen Gewähren, so billigt man ihm eine Frist hiezu.

In lebendiger Weise ist uns das Schieben im Anefang vor Augen geführt, ferner im Fall der Hehlerei [7]). Man findet hier den Schub (die gestohlene Ware) bei einem bisher gut Beleumundeten: »er giht, daz er sin schup (auctor) habe«. Man gewährt ihm Frist, ihn herbei-

---

[1]) A. 34, 30, 32, 33, 39, 33 Z. 4, 93, 64, 23.
[2]) Sch. 316, 298, 42, 79 IV. [3]) A. 34.
[4]) mein Schub u. Schieben 174. [5]) Sch. 42, 214.
[6]) Sch. 100. [7]) Sch. 226.



zuschaffen. »und kumet jener für und schuibet ez uffen in, er muz ez enphaen.« Spricht dieser aber, »er si sin geselle dran und er hieze in ez stelen und er enphulhe ez im«, so muß Kampf entscheiden. Bietet ein Münzer falsche Pfennige aus, so geht es ihm an Hals oder Hand, »er habe ir danne sinen schup und dannoch muoz er swern, daz er nüt enwiste, daz si valsch weren« [1]). Begünstigt sind bekanntlich die Juden, falls man diebliche oder raubliche Gewere bei ihnen findet. Man muß sie auslösen durch Erlegung der Kaufsumme oder des hiefür geleisteten Darlehns, nicht des Gesuchs (der Zinsen) [2]).

Hinsichtlich des A S t R. verweise ich auf die vorangeführten Fälle. Ist »war tat, der schub, bekennen oder verjehen« vorhanden, so bedarf es »dehainer andern getzügenüsse auch bewaerung« vor des Rates Gericht. Zum Zweck der Schätzung des Schubs wählen drei ehrbare Bürger zwei Sachverständige, welche auf die Heiligen bereden, was jener wert ist [3]).

c) Anefang.

Der Anefang, das formgerechte Verfahren des Eigentümers oder sonst berechtigten bisherigen Besitzers behufs Wiedererlangung der ihm widerrechtlich entzogenen Sache, spielt sich in beiden Rechten auf die nämliche Weise ab. Schöpfen sie hiebei nicht aus derselben Quelle, wie auch der Gewährsmann im Schwsp. als Gewere, im AStR. als Schub bezeichnet ist, so ist für beide doch der Ssp. als Vorbild zu betrachten. Eine kurze Schilderung der gerichtlichen Vorgänge ist einerseits wegen der Verwandtschaft des Anefangs mit dem Handhaftverfahren, anderseits, weil aus ihm die verschiedenartige Anwendbarkeit des Schubs am klarsten hervortritt, von Interesse [4]).

Wird einem eine Sache entwendet oder geraubt und er findet sie mittels Spurfolge und Haussuchung, bevor die Tat übernächtig geworden, in eines andern Besitz, so darf er ihre sofortige Herausgabe heischen. Er wird hiebei den Inhaber, der diese nicht verweigert, nicht ohne weiteres als Dieb oder Räuber berufen; dieser vermag sich ja immerhin noch als gutgläubiger Erwerber erweisen. Nicht daß man ihm, wie bei Ruprecht, zu empfehlen braucht, den Räuber zu ersuchen, ihm die Beute wieder gutwillig zurückzuerstatten, um dann auf weitere Verfolgung zu verzichten; denn bei Ruprecht steht nicht, wie hier, Handhaftigkeit der Tat in Frage [5]).

Ebensowenig kann man den, bei dem man erst über den andern Tag, sei es auf Nachsuchung hin, sei es durch Zufall, die vermißte

---

1) Sch. 192, 363 II. 2) Sch. 261. 3) A. 92 Z. 3; 34 Z. 6.
4) Herb. Meyer, mein Schub u. Schieben, Ssp. 2, 36, 1; Sch. 317, 332, 81; A. 34, 43.
5) Ruprecht 65.



Sache entdeckt, der handhaften Tat zeihen, wenn er durch Zeugen erhärten kann, daß er jene keineswegs verborgen hielt. Anders, wenn es sich um einen handelt, der sein Recht bereits durch Diebstahl oder Raub verloren hat. Willfahrt der Angesprochene jedoch nicht, so soll der hiezu Berechtigte seine Ware anvangen, d. h. formell davon Besitz ergreifen.

Ursprünglich stellt sich der Anefang als Akt der Selbsthilfe dar; später bedarf es der Zustimmung des Richters oder seines Boten. Nur sofern der Geschädigte dieser nicht habhaft werden kann, fällt er sein Gut selbst an und bringt es vor den Richter. Abgesehen hievon ist eigenmächtiges Vorgehen strafbar; während eines geschworenen Friedens kostet es die Hand. Er wird hiebei das Gerüfte erheben, schon deshalb, um zur Kundbarmachung des Vorgangs, wie um die nötigen Eidhelfer zu gewinnen, die Nachbarn herbeizurufen. Freilich erwähnt der Schwsp. das Gerüfte nicht, ebensowenig das AStR.; es dürfte indes auf andere Weise nicht denkbar sein, die erforderlichen Zeugen möglichst rasch zur Stelle zu bringen. Der Ssp. kennt das Gerüfte nur bei der handhaften Tat; da aber die Auffindung des Schubs beim Täter dieser gleichgestellt ist, und auch beim Anefang der mit dem Schub Betretene, wenn seine Einwände versagen, als handhafter Täter gilt, so liegt kein Grund vor, es hier als überflüssig zu erachten. Stellt sich ja der Anefang geradezu als ein Akt dar, der bei Schuldnachweis mit Notwendigkeit in ein Handhaftverfahren übergeht, und dient er ja eben stets dann als Notbehelf, wenn es an den sonstigen Erfordernissen der handhaften Tat mehr oder minder gebricht. Wird bei dieser nach Ssp. durch das Gerüfte und die zur Hilfe und Zeugschaft herbeigerufenen Schreimannen die Kundbarmachung des Diebstahls und damit für den Kläger auch die Befugnis erwirkt, mit jenen den Frevler überwinden zu dürfen, so muß beim Anefang noch mittels leiblicher Beweisung festgestellt werden, daß die inkriminierte Sache vor der Entwendung wirklich die seinige war.

Jene findet nach AStR. in der Art statt, daß der Kläger das Vieh an dem zeswen (rechten) Ohr ergreift, wodurch er auf die hinter demselben angebrachte Hausmarke hinweist. Es dürfte diese Formalität schon beim »Anfallen«, d. h. beim ersten Ergreifen der Sache, üblich sein und dann vor Gericht wiederholt werden; nach AStR. geschieht sie nur beim »vervahen« vor letzterem.

Verweigert nun der Verdächtige die Herausgabe und will er auch sein Recht nicht vor Gericht verfechten, so beschreit ihn der Gegner als handhaften Täter und fesselt ihn, wo nötig, unter Beistand der herbeigeeilten Nachbarn. Andernfalls überantwortet man das Tier in des Richters Gewalt. Ist der Beklagte kein gewisser Mann, so kann ihn jener, wenn er nicht Bürgen stellt, bis zum Austrag des Handels fest-

nehmen. Ebenso gilt er natürlich als Verbrecher, wenn er am festgesetzten Termin nicht vor Gericht erscheint.

Während der Schwsp. das »Verfahen« dortselbst nicht weiter schildert, wird nach AStR. die leibliche Beweisung auf die bereits erwähnte Art betätigt und hierauf selbdritt beredet, »daz ez im diuplichen verstoln si oder geraubet«. Es sei hiebei auf den Unterschied zwischen dem Anefang und dem Übersagen der schädlichen Leute hingewiesen. Letzteres geschieht bekanntlich in der Regel bei Vorliegen der Handhafte selbdritt, mangels dieser selbsiebent. Beim Anefang jedoch wird beim Verfahen der ebenso gegenwärtigen Handhafte selbdritt bewiesen und dann ursprünglich, sofern der Beschuldigte keiner Einrede mehr mächtig ist, übersiebnet. Freilich gilt dieser dann nicht als gewöhnlicher schädlicher Mann, der ohne Schub gefangen wurde, sondern als handhafter Täter [1]).

Gemäß AStR. schiebt der Kläger nach der Eidesleistung die Sache bezw. das Vieh auf den, in dessen Besitz es gefunden wurde. Dieser »fahet« es wieder mit den ihm gelehrten Worten: »Ich gebe es dahin, daher es an mich gekommen ist«, d. h. an den Gewährsmann (gewere, schub); »vermag ich es nicht, tue ich, was mir die Bürger erteilen«. Diese verfügen: Ist der Schub vorhanden, soll er schieben, außerdem 42 Tage Frist erhalten.

Hält sich der Schub im Bezirk des an sich zuständigen Richters auf und dieser zwingt ihn nicht, zu Recht zu stehen, so darf er auch über die Sache selbst nicht richten. Sitzt jener aber in einem andern Bezirk, so riskiert der Angesprochene, wenn er ihn nicht selbst zur Stelle bringt, Buße und Ersatz. Nach Schwsp. muß er das Gut dort auf ihn schieben.

Und so wird weiter geschoben von einem Schub auf den andern, bis das Verfahren ins Stocken gerät, da eben der Dieb selbst sich hüten wird, den Schub zu übernehmen, oder keinen weiteren Gewährsmann mehr zur Stelle bringen kann. Nach altem Recht braucht sich der Kläger überhaupt nur einen dreimaligen Schub gefallen zu lassen. Wem dieser zuletzt bleibt, zahlt die Zeche, doch gilt er nicht deshalb ohne weiteres als Dieb. Es hängt vielmehr vom Sachverhalt ab, ob der Kläger es wagen will oder darf, peinlich gegen jenen vorzugehen. An sich sollte er ihn diesfalls noch übersiebnen, nach Schwsp. und AStR. bedarf es indes nur noch des Antrags, den Schuldigen zu richten, da ja die hier nur erforderliche Beredung auf den Schub bereits erfolgt ist. Natürlich kann sich der Kläger auch »minneclich« mit dem Gegner verrichten, der dann nach Gnaden zu büßen hat.

Macht nun der Beklagte originären Erwerb geltend, so, daß er das Vieh in seinem Stall gezogen habe, so bleibt es nach Schwsp.

[1]) Herbert Meyer 406, 424, 442, 467.



ihm mit besserem Recht, da er sich eben der Gewere darüber erfreut. Bei Ansprache muß man selbdritt mit wahrhaften Leuten vorgehen, deren Schwur der Gegner mit sieben Zeugen verlegen kann. Behauptet er aber, er habe die Sache auf freiem Markt gekauft und kenne den Verkäufer (auf den er jedoch nicht schieben will) und beschwört er zudem, daß er unschuldig am Diebstahl, so büßt er bei Zurückgabe nur das Kaufgeld ein. Gemäß AStR. schuldet er, wenn er einwendet, daß er den Verkäufer nicht mehr erkennen würde, dem Burggrafen lediglich den Fürfang.

Mißlingt der Anefang, so hat der Kläger dem Richter zu bessern. Andernfalls haftet ihm der Unterliegende für allen Schaden; so wenn es mit der Rückgabe allein nicht getan ist und jener glaubhaft macht, »er habe noch mehr damit verloren«. Und ist das Vieh vor dem Anefang schlechter geworden oder gar noch zu Verlust geraten, so hat der Beklagte natürlich dafür einzustehen.

Dieser hat auch nach AStR. an den Richter eine Gebühr zu entrichten, welche ebenfalls Schub heißt, wozu endlich noch der Fürfang tritt, die Abgabe für den »Einfang« und die Verwahrung des Streitobjekts bis zur Durchführung des Anefangs.

Aus anderer Quelle schöpft bekanntlich Ruprecht. Weigert sich hier der Gegner, als Gewähre aufzutreten, so bindet der Verdächtige den Schub an die Ofenstange (asenpaum) oder Türnagel und »berehtet in dahin, als er in sein gewalt chom ist, mit drein aiden«. Damit soll er ledig sein. Außerdem beschwört der Anfangende sein Eigentum selbdritt, der Gegner unternimmt dies dann eventuell mit 7, worauf noch mit 21 und 72 Helfern vorgegangen werden kann [1]).

d) Eid.

Über die persönlichen Voraussetzungen zum Eid schweigen beide Rechte. Zeugnisunfähig sind nach Schwsp.: Unmündige (unter vierzehn Jahren), Weiber, abgesehen von bestimmten Fällen, Buben, d. h. unreife, verdächtige Burschen, Toren, Sinnlose, Blinde, Taube und Stumme, Gebannte, Geächtete, Ketzer, Meineidige. Weiber bedürfen sonst beim Schwur keiner Vertretung durch den Vormund; selbdritt muß die Ehefrau geltend machen, daß ihr Gatte ungeraten ist. Diejenigen, welche ihr Recht durch Begehung von Diebstahl und Raub verloren haben, können sich bei nochmaliger Bezichtigung nicht freischwören, nur Unterwerfung unter ein Ordal vermag sie zu retten. Ein Eid im Gefängnis ist kraftlos. Kranke leisten ihn, wo nötig, auf dem Siechbett; so derjenige, der einen in Notwehr getötet und hiebei selbst schwer verletzt worden ist. Die Juden legen einen besonderen

---

[1]) Ruprecht 73.



Eid ab; der Schwörende muß hiebei geschmackvollerweise auf einer Sauhaut stehen [1]).

Im A S t R. decken sich die Zeugnisunfähigen so ziemlich mit denen des Schwsp.; doch ist noch folgendes bemerkenswert: Buben dürfen nur bei Diebstahl und Raub bezeugen, fast Erblindete und Taube nur, soweit sie sahen und hörten. Geächtete und Gebannte weist man mit dem Achtbrief oder selbdritt mit Zeugen zurück, mit diesen auch Meineidige. Unwürdig sind endlich auch die, welche Gut um Ehre nahmen und sich für ihre Aussage bezahlen ließen [2]).

An gebundnen Tagen soll man nach beiden Rechten keinen Eid schwören, wohl aber über den, den man bei handhafter Tat ergriffen. Ebenso ist der Friedschwur verstattet. Hat man an solchen Tagen einen Eid gelobt, so soll man ihn nach diesen leisten. Gemäß AStR. sind als solche die drei Hochgezeiten Weihnachten, Ostern, Pfingsten bezeichnet [3]).

Wer einen unrechten Eid schwört und dessen selbdritt überwiesen ist, wird nach S c h w s p. gebannt und sühnt mit Schlägen oder Buße, bei Rückfall mit der Hand [4]). Im AStR. ist der Verlust derselben von vornherein angedroht, es sei denn, daß der Täter den Kläger »gestille« und den Vogt »gebezzer«. Einen Tag Frist kann jeder verlangen. Wer sich eines Eides vermißt und ihn nicht leistet, wird bußfällig, ebenso der, der einen ihm auferlegten Schwur verweigert oder vorher noch seine Schuld bekennt [5]).

Als Helfer der Schwörenden treten Eidhelfer und Zeugen auf, welche in beiden Rechten lediglich Gezeugen heißen. Im allgemeinen gilt die Regel, daß die Eidhelfer vor, die Zeugen nach der Partei schwören. Erstere bekräftigen nur die Richtigkeit der Aussage ihres Freundes, daß diese rein und nicht mein sei, letztere bekunden jedoch das, was sie gesehen und gehört bezw. mit ihren Sinnen wahrgenommen haben. In unseren Rechten treten nun wohl die gewöhnlichen Eidhelfer häufig auf, weniger jedoch die wirklichen Zeugen. Man findet vielmehr hier vorwiegend eine Verquickung der Eidhelfer und Zeugen in der Art, daß der Kläger mit Helfern schwört, welche hörten und sahen oder wahres wissen. Dabei darf man diese Zeugen oder mit Zeugencharakter begabten Helfer keineswegs mit modernen Zeugen zusammenwerfen, denn sie teilen ja auch das mit, was sie nur von Hörensagen, d. h. durch andere vernommen haben, so daß sie vielfach eben bloß das bekunden, was die Überzeugung der meist sehr trügerischen öffentlichen Meinung ist [6]).

---

[1]) Sch. 13, 75, 76, 48, 307, 170, 263. [2]) A. 59, 97, 2. Teil 7.
[3]) A. 106. [4]) Sch. 170. [5]) A. 2. Teil 7.
[6]) Planck, 2, 45 f,; v. Kries 8 f.



Im Schwsp. unterscheiden wir Helfer und Zeugen, welche wahres wissen, so bei Wucher, falschem Zeugnis, Bürgschaft, solche, die wahres wissen und sahen, bei Diebstahl, und die gesehen und gehört, bei Schlägen und Schüssen (Heimsuchung) [1]. Mitunter verlangt man, daß sie biderbe, unversprochene, gewisse Leute sind [2]. Richter und Büttel gelten für zwei Zeugen; Urteiler dürfen ebenfalls als Zeugen auftreten, doch nicht bei Totschlag, Diebstahl und Raub [3]. Der Vater kann die Reinheit seiner Tochter bezeugen, wie Kinder die Treulosigkeit ihres Vormunds. Ein Zeuge, welcher sich bestechen ließ, darf ein Jahr lang nicht mehr als solcher auftreten. Der Zeuge wird für sich, doch öffentlich vernommen; er soll nicht aussagen, ehe er gefragt wird [4].

Nach AStR. dienen Ratgeben und andere Leute zur Feststellung des Gerichtszeugnisses. Sachverständige Frauen zieht man bei im Fall der Verleumdung einer Jungfrau; das Gesinde, das wahres weiß, bezeugt die Heimsuchung [5]. Die Satzungen, wonach man bei eingesessenen Bürgern keine Pfahlbürger und Fremde verwenden darf, gelten nur für Zivilsachen. für Juden sind hier ebenfalls besondere Bestimmungen erlassen; Eide leisten sie auf ihrer Schule nach jüdischem Ritus [6]. Verdächtige Zeugen weist nicht nur die Gegenpartei zurück; der Fürsprecher ist geradezu verpflichtet, solche abzulehnen, im Zweifelfall entscheidet der Rat endgültig hierüber [7].

Und nun zur Würdigung der Rolle, die den Helfern und Zeugen im Beweisverfahren zugeteilt ist:

Kläger selbsiebent. AStR.: bei Diebstahl, Straßenraub, Mordbrand. Zauberei in Ermanglung des Schubs nach Festnahme [8];
- bei Vergiftung, auch wenn sie den Tod nicht zur Folge hat [9];
- bei Totschlag zum Nachweis, daß der die Notwehr Vorschützende sich nicht dem Vogt ausliefern wollte und er der Tat schuldig ist [10];
- über den Toten (moltigen Mund) bei jeglicher, also auch peinlicher Schuld [11];
- bei Achtung (mit denen, die es gehört und gesehen), wenn man den Achtbrief nicht findet [12].

mit sieben Mannen. Schwsp.: bei handhafter Tat oder Schub, wenn es dem Verbrecher an den Leib geht, außer bei Diebstahl und Raub. So auch gegen die bei der Festnahme

[1] Sch. 160. 265, 225, 301 I. [2] Sch. 201, 288; A. 1 Z. 1, 37; 97 Z. 7; 66 Z. 1.
[3] Sch. 284, 190. [4] Sch. 201, 64, 89, 300, 360.
[5] A. 97 Z. 6; 44 Z. 1; 51 Z. 4. [6] A. 19. [7] A. 97 Z. 4.
[8] A. 34, 32, 33 Z. 4, 39. [9] A. 39. [10] A. 28, 5.
[11] A. 46; 66, 55 Z. 3. [12] A. 52, 1.



Getöteten, Ferner bei Raub und Brand in Ermanglung des Schubs nach Festnahme. Fehlt es an jenen, genügen bei Raub auch drei [1]);

bei Diebstahl nach Festnahme (mit denen, die es für wahr wissen und auch sahen). Mangels deren reichen bei üblem Leumund des Täters zwei Helfer aus [2]);

bei Treubruch (daß er seine Treue zerbrochen) und Meineid [3]).

Ferner werden der tote Räuber, Dieb (diese bei Fehlen des Schubs) sowie der tote ungetreue Vormund mit sieben übersagt, letzterer durch Genossen des Kindes [4])

selbdritt: Schwsp.: bei Ergreifung an der Hantgetat, wenn die Sache nicht an den Leib geht und es sich auch nicht um Raub und Diebstahl handelt. Dies auch für den Fall, daß der Täter bei der Festnahme getötet wurde [5]);

bei Diebstahl, wenn der Beschuldigte übel beleumundet ist und auch beim Anefang [6]);

bei anvertrautem Gut (daß er es nicht gewahrt) [7]);

bei räubiger und diebiger Ware, dessen Herausgabe verweigert wird [8]);

gegen den Burgherrn bei Bezichtigung des Raubs (hiegegen Kampf) [9]);

bei fahrlässiger Tötung durch Vogelschießen, Baumfällen und Wagenumwerfen [10]);

bei Notzucht (daß sie schreien hörten und daß sie Magd gewesen) [11]);

bei unrechtem Eid [12]);

bei Urkundenfälschung (wer falsche Handfesten und Briefe schreibt) [13]);

bei Hausen von Ächtern (in Stadt öffentlich und frevelich) [14]);

bei Heimsuchung (mit denen, die es gesehen und gehört; sonst sollen Zeugen sein die, die Schüsse und Schläge hörten) [15]);

gegen den bestochenen Zeugen (mit denen, die wahres wissen, daß er Geld gelobt und empfangen) [16]);

gegen den Bürgen bei Wunden (mit denen, die wahres wissen) [17]);

gegen den verschwenderischen Ehemann (ebenso) [18]);

---

[1]) Sch. 100, 79, 233. [2]) Sch. 225. [3]) Sch. 99.
[4]) Sch. 79 IV, 64. [5]) Sch. 100. [6]) Sch. 225, 317.
[7]) Sch. 201 f. [8]) Sch. 332. [9]) Sch. 253c.
[10]) Sch. 182—184. [11]) Sch. 254. [12]) Sch. 170.
[13]) Sch. 313 II, 369. [14]) Sch. 137c. [15]) Sch. 301 I.
[16]) Sch. 89. [17]) Sch. 265. [18]) Sch. 76.

gegen den, der sein Recht vor Gericht verloren, wenn Kläger es selbst sah (s. oben) [1].

AStR.: bei Handfriedbruch durch Totschlag und Wunden [2];
bei Wunden mit gewaffneter Hand [3];
gegen den Richter, der Geleit bei Totschlag verweigerte [4];
zum Nachweis der Acht und Erzielung der Oberacht [5];
bei Heimsuchung (bei Nacht mit Gesinde und andern unversprochenen Leuten) [6];
beim Ergreifen in der Spähe [7];
bei Mordbrand, wenn die Handhafte vorliegt, sonst selbsiebent [8];
bei Branddrohung, wenn der Täter gefangen, und sonstiger Drohung [9];
bei Rückforderung gestohlnen Guts, wenn Kläger verdächtig [10];
bei Ergreifung in Korn und Garten, wenn kein Schub vorhanden [11];
bei Fälschung von Gewicht im Rückfall (durch Vogt und zwei Bürger) [12];
bei Verrat [13];
gegen den Bürger, der nach der Vogtei strebt [14];
gegen den, der ein Pfand entfremdet [15];
bei Viehschaden, eventuell allein [16];
bei Verfehlungen des Gewandschneiders und Floßmanns [17];
bei Nötigung [18];
bei Meineid (mit denen, die es gehört und gesehen) [19].

mit drei Mannen. Schwsp.: gegen den, der sein Recht vor Gericht verloren (mit Leuten, die dort vor Gericht gewesen), s. auch selbdritt [20];
bei Raub, wenn nicht sieben zu erlangen sind [21];
bei Wucher (und andern, die es wahr wissen) [22];
gegen den, der zu Unrecht zu Acker geht [23].

AStR.: bei Handfriedbruch [24];
bei Mord (mit Mannen und Frauen, die es wissen und gesehen haben) [25].

---

[1] Sch. 157. [2] A. 52. [3] A. 49. [4] A. 1 Z. 1. [5] A. 35, 3. [6] A. 51. [7] A. 93. [8] A. 33 Z. 4. [9] A. 33, 66. [10] A. 34 Z. 8. [11] A. 89, 90. [12] A. 64. [13] A. 30, 3. [14] A. 7 Z. 2. [15] A. 113 Z. 7. [16] A. 94. [17] A. 14, 10 u. 22. [18] A. 55 Z. 3. [19] A. 53. [20] Sch. 157. [21] Sch. 234. [22] Sch. 160. [23] Sch. 281. [24] A. 52. [25] A. 30.

Beklagter mit sieben Mannen. Schwsp.: der bei Festnahme tödlich verletzte Schuldner stirbt nach Jahresfrist im Gefängnis: daß dieser vor seinem Tod sich mit ihm versöhnt habe. Ebenso beim Anefang [1]).

selbdritt. Schwsp.: bei Notwehr (Straßenraub, sonst Eineid) und fahrlässiger Tötung, wenn nicht Mage zum Kampf herausfordert [2]);

der Fürsprecher, daß er im Auftrag der Partei geredet [3]);

der Vormund, daß er das Gut zu des Mündels Nutzen verwendet habe[4]);

der Vormund (Pfleger) einer Jungfrau, bei Bezichtigung des Mißbrauchs derselben (wenn sie verlobt ist) [5]);

bei geliehenem oder anvertrautem Gut, daß es nicht gestohlen sei [6]);

bei Ledigung von der Acht (mit denen, die hörten und sahen) [7]);

der Herr der Burg, die man des Raubes beschuldigt (hiegegen Eidesschelte durch Kampf) [8]).

AStR.: bei Brand (Alibinachweis des nicht gewissen Ausmanns mit unversprochenen Mannen und Frauen) [9]);

bei Totschlag, daß der Vogt Geleit versagte, wie daß er Geleit empfangen [10]);

bei Notwehr [11]);

bei Nötigung (wenn Gegner nicht selbdritt) [12]).

mit drei Mannen. Schwsp.: bei Notzucht, daß sie nicht Magd gewesen [13]).

mit zwei Mannen. Schwsp.: der Jude, daß er offen auf gestohlene Ware geliehen [14]);

der Hirt, daß er Wolf oder Räuber berufen (mit denen, die hörten und sahen) [15]).

allein. Schwsp.: bei Notwehr [16]);

der Franke bei Totschlag, wenn nicht handhafte Tat [17]);

der Meister, daß er das Lernkind nur mit Ruten geschlagen [18]);

der, der unwissend einen Ächter gehaust [19]);

daß man anvertrautes Gut, Vieh usw. gewahrt [20]);

---

1) Sch. 290, 317. 2) Sch. 233, 183. 3) Sch. 172 I. 4) Sch. 64.
5) Sch. 349. 6) Sch. 230 I. 7) Sch. 277. 8) Sch. 234 c.
9) A. 33. 10) A. 1 Z. 1. 11) A. 48. 12) A. 55 Z. 3.
13) Sch. 311. 14) Sch. 261. 15) Sch. 213. 16) Sch. 79 II c.
17) Sch. 123 b. 18) Sch. 247. 19) Sch. 137. 20) Sch. 230 I.

der Münzer, daß er die Unechtheit der Pfennige nicht kannte [1];
daß man nicht Vieh zu Schaden getrieben [2];
bei fahrlässiger Tötung [3];
der der Bestechung bezichtigte Zeuge [4].

AStR. bei Friedbruch [5];
bei Straßenraub [6];
bei Brand und Branddrohung [7];
bei Lusen (Spähe) [8];
bei Totschlag (Bahrrecht) [9];
bei Notwehr (wenn nicht selbdritt) [10];
bei Mord [11];
bei Verwunden und Schlagen [12];
bei Verleumdung [13];
bei Notzucht, wenn Gegnerin nicht kämpft [14];
bei Diebstahl [15];
bei Münzfälschung [16];
bei Hausen von Ächtern [17].

Was die verschiedenen Ausdrücke anlangt, die für die Eidesleistung nach damaliger Sprechweise gebraucht wurden, so finden wir im Schwsp. beim Reinigungseid: sweren, entreden, enzagen, bereden (allein), bereden, beziugen, erziugen, uberziugen, lougenen (mit mehreren). Beim Überführungseid des Klägers: bewären, uberreden, erzeugen, uberzeugen, behaben, uberkomen. Im AStR. beim Unschuldseid: embresten, sich entslahen, bereden, beziugen, geziugen, laugen bieten, bringen und (von Seite des Richters) den eid nemen. Beim Eid des Klägers: bewären, behaben, beziugen, uberziugen und bringen.

Der Eid wird entweder mit zwei Fingern oder mit der Hand geleistet; ersteres kommt namentlich im AStR. beim Unschuldseid öfters vor. Man schwört zu den Heiligen mit erhobener Hand, im Schwsp. auch durch Auflegung derselben auf einen geweihten Altar oder ein Kreuz. Natürlich gelangt nur eine der beiden Parteien zum Schwur. Hat der Beklagte das Beweisrecht, so embristet er mit dem Eid dem Gegner, außerdem siegt der Kläger. Gelingt diesem die Überführung, so ist der Unschuldseid nicht mehr denkbar. Mißlingt sie ihm, so ist der Gegner der Ansprache ledig, ohne daß er seine Schuldlosigkeit noch weiter zu bekräftigen braucht. Mitunter steht einer der Parteien von vornherein das Beweisrecht zu, ohne daß ein solches des andern überhaupt in Betracht kommt.

[1] Sch. 192. [2] Sch. 212. [3] Sch. 182—184. [4] Sch. 89.
[5] A. 52. [6] A. 32. [7] A. 33. [8] A. 93.
[9] A. 28, 2; 29 Z. 3; 30 Z. 2. [10] A. 28, 5. [11] A. 30 Z. 1.
[12] A. 49 Z. 3. [13] A. 45. [14] A. 31. [15] A. 34.
[16] A. 37. [17] A. 35, 3.

Die Frage nach der Beweisverteilung beantwortet sich sehr einfach. Allerdings besteht das Prinzip, daß im Zweifelfall stets der Beklagte zum Zuge gelangt. Blicken wir jedoch auf das Verfahren bei Ungerichten, so sehen wir, daß der Beschuldigte nur dann, wenn dem Kläger kein Beweismittel zur Verfügung steht oder ihm die Überführung, zumal aus Mangel an Helfern, mißglückt, sein Recht auszuführen vermag. Und gelingt es ihm ja, ungefangen vor Gericht zu treten, was ohnedies, sofern ihm nicht ausnahmsweise, wie bei Totschlag, sicheres Geleit zugebilligt wird, äußerst erschwert ist, so muß er noch riskieren, daß ihm der Schwur durch Kampfklage verlegt wird. Aber auch in geringeren Händeln hat er vielfach das Nachsehen, da er eben nur schwören darf, wenn ihn der Gegner nicht zu überführen vermag. Und so sind denn die Fälle, in denen ihm von vornherein die Aussicht auf Sieg winkt — gewiß nicht im Einklang mit dem altgermanischen Grundsatz —, sehr in den Schatten gerückt.

e) Notorietät.

Der Wirkung nach steht das notorium der handhaften Tat so ziemlich gleich. Was offenbar und landwissentlich und man mit dem Finger zeigen möge, bedarf keines Beweises mehr. Es handelt sich hier einerseits um Vorgänge, welche sich vor Gericht selbst abspielen und daher zur höchsten Gewißheit gelangen, oder anderseits um solche, welche sich außerhalb desselben, so besonders am Tatort selbst, ereignen und dank einer Anzahl Zuschauer als unzweifelhaft festgestellt werden können. Und was dann das Gericht als wahr und offenbar erachtet, kann volle Beweiskraft beanspruchen [1]).

Das notorium wird also nicht schon durch die zwei oder drei Zeugen erbracht, welche, im bestimmten Fall zur Übersagung unbedingt erforderlich, vor oder nach dem Kläger schwören; nicht mit einer schlichten Zeugenaussage haben wir es hiebei zu tun, sondern zugleich um die Kundgabe einer communis opinio, wie z. B. nach Münchner StR. zur Übersiebnung ex officio ein vermärter, d. h. berüchtigter Übeltäter gefordert wird. Die sieben, heißt es, haben wohl vernommen an den Stätten, da die Leute zusammenkommen, daß er dem »land als schedleich« sei [2]). Wie sich dieses »landgewizzen« gebildet hat, ist oft nicht so leicht ergründbar. Es kann aus der genauen Wahrnehmung und gewissenhaften Mitteilung eines kleineren oder größeren Personenkreises hervorgegangen oder aus einer böswilligen Verdächtigung entsprungen sein, welche, eifrig verbreitet und mit der nötigen Übertreibung ausgestattet, sich dann zur unumstößlichen Überzeugung vieler verdichtet hat. Dem Erfolg nach beschämt die handhafte Tat die Notorietät

---

[1]) Loening, 237; Herb. Meyer, Archiv f. StrR. 63 442; 66, 442.
[2]) MStR. 249.

also nur wenig, wenn auch die Gewähr derselben für den Schuldnachweis oft sehr viel zu wünschen übrig läßt.

Im Schwsp. ist ihrer nur selten gedacht, werden ja in ihm dafür häufig Zeugen gefordert, die sahen, hörten und wahres wissen. Aus dem AStR. sei das Gebot erwähnt, daß der, bei dem man falsches Gold oder Silber entdeckt, »swa man des die warheit vindet«, gehenkt werden soll. Ferner fordert man beim Handfriedbruch durch Totschlag außer diesem, d. h. der Leiche, auch noch die »ware gewizzen« zur Überweisung. Wenn einer bei Verwundung ungebunden sein »Laugen« bietet: »ist danne diu ware wizzen da, so mag er mit nihtiu enbresten«. »Brennt« einer einen Bürger und wird das offenbar, so soll man den hiebei Ergriffenen selbst verbrennen. Es wird dies alles ebenfalls durch Zeugen bekundet, aber, während im gewöhnlichen Verfahren die nötige Zahl derselben stets genau beigefügt ist, bleibt dies dort dem Bedürfnis des Einzelfalls überlassen [1]).

f) Gerichtszeugnis. Schau.

Das Gerichtszeugnis, d. h. die Feststellung von Tatsachen und Vorgängen vor der ordnungsmäßig versammelten Gerichtsgemeinde, ist von höchster Bedeutung. Es kommt ihm kein anderes Beweismittel an Gewichtigkeit gleich, wie es sonst weder durch Zeugen, Eid noch durch Kampf entkräftet zu werden vermag. Gewisse Anfechtungsgründe vermögen freilich geltend gemacht zu werden. Daher sind auch zu der Zeit, wo gerichtliche Akte noch nicht beurkundet werden, die zum Ding zählenden Leute verpflichtet, sich alle Vorkommnisse vor demselben genau einzuprägen, um später eventuell hierüber Zeugnis ablegen zu können. Merkwürdigerweise vermag der Richter selbst auch über Vorfälle und Feststellungen, welche vor seinem Vorgänger geschahen, auszusagen.

Daher wird aber auch alles, was dauernd dem Gedächtnis der Dingleute eingeprägt werden soll, ihnen auf möglichst sinnfällige Weise vor Augen geführt. So wird der Leichnam des Opfers als Partei und Zeuge feierlich vor Gericht gebracht, das Erheben des Gerüftes, die Bindung des Verbrechers, das Vorweisen und Beschauen der Handhafte, das Vorbringen des Klägers, die Einwände des Beschuldigten und sonstigen gerichtlichen Handlungen bis zum Urteil in genau vorgeschriebenen Formen bekundet und festgestellt. Frühzeitig verbrieft man allerdings Achterkenntnisse und Urfehden, später legt man Klage- und Urteilsbücher an, während die Protokollierung von ganzen Gerichtsverhandlungen im Mittelalter noch zu den Seltenheiten zählt [2]).

---

[1]) A. 37; 52; 49, 2; 33, 2.
[2]) v. Kries 25 f.; Planck 2, 157 f.

Über das Verfahren bei Ablegung des Gerichtszeugnisses ist im Schwsp. wenig überliefert. Beachtenswert ist indes, daß die Rechtlosigkeit und Ledigung aus der Acht durch Dingleute erwiesen wird. Nach AStR. hat bei Vorkommnissen vor Gericht, welche durch Dingleute erzeugt werden sollen, der »selpschol«, d. h. derjenige, dem an der Konstatierung gelegen, die Sache zu bereden und jene dann auf Eid hierüber auszusagen. Ein vergessenes Urteil ist mit den Dingleuten, welche bei der Fällung desselben zugegen waren, selbdritt zu bestätigen. Sind solche nicht mehr aufzutreiben, so genügt auch ein anderer, sofern er ein vollgültiges Zeugnis hierüber zu bringen vermag. Wo nötig, können hiebei auch Vogt, Burggraf und Ratgeben als Zeugen auftreten [1].

Über die Schau enthält der Schwsp. ebensowenig besondere Bestimmungen, während jene hiernach nicht minder häufig, als nach andern Rechten, vorgenommen wird. So beschaut und schätzt man die Handhafte, prüft gefälschte Waren, stellt die Unverletztheit oder Schwangerschaft von Weibern fest u. dgl. m.

Nach AStR. bewertet man den Schub, um die Todeswürdigkeit des Diebes nachzuweisen, in der Art, daß zwei sachkundige Bürger, welche wieder durch drei andere ausgewählt wurden, auf Eid die Schätzung vornehmen. Wunden dessen, der den Gegner in Notwehr gefällt, soll der Vogt durch glaubhafte Leute besehen lassen. Außerdem sind die Wundenmeister zur Bewertung von Verletzungen verpflichtet, wofür sie bestimmte Gebühren einheimsen dürfen [2].

g) Kampfrecht.

Der Zweikampf, der bei Ruprecht von Freising bereits zu den verbotenen Gerichten zählt, denen man sich nicht mehr zu unterwerfen braucht, erfreut sich im Schwsp. noch großen Ansehens. Bekanntlich messen ihm auch die Reichslandfrieden gewichtige Bedeutung zu, ja sie erklären ihn häufig als das einzig zulässige Beweismittel. Allerdings soll er in der Regel nur dann berufen sein, die erwünschte Entscheidung herbeizuführen, wenn es an anderer Möglichkeit hiezu gebricht und jede der beiden Parteien den Sieg in den Händen zu haben glaubt. Eine bedeutsame Rolle spielt er zudem auf dem Gebiet der schweren Friedensbrüche [3].

Hervorzuheben ist, daß er meist nur als eine Befugnis der angreifenden, d. h. Klagspartei in Betracht kommt. Dem Beschuldigten steht von sich aus kein Anspruch hierauf zu; der Entschluß zum Kampf wird

[1] A. 97 Z. 4 u. 6. [2] A. 34 Z. 6; 49 Z. 7; 49 Z. 12.
[3] Ssp. I, 63, 65, 68 usw.; Schwsp. 79 I—IV, 99, 104, 174a, 183, 226, 253c, 296, 299, 314 III.

ihm in der Regel geradezu aufgenötigt und bleibt ihm, will er seine Sache nicht überhaupt verloren geben, als letztes Zufluchtsmittel. Daher auch der Unterschied zwischen ihm und den andern Ordalien, welche doch vornehmlich zugunsten des Beklagten, d. h. behufs Zurückweisung des klägerischen Anspruches und zum Nachweis der Unschuld in Anwendung treten. Dabei ist der Zweikampf ein wirkliches Beweismittel, nicht nur eine geregelte Fehde und Selbsthilfe; er steht auch nicht außerhalb des gerichtlichen Verfahrens, sondern bildet einen wesentlichen Bestandteil desselben.

Nach dem Schwsp. entschließt man sich vor allem dann zum Kampfesgruß, wenn es bei Ergreifung auf handhafter Tat an den nötigen Helfern mangelt. Sonst aber ist der Kampf wohl bei allen Delikten, welche mit Tod oder Handverlust bedroht sind, für zulässig erklärt. Außerdem muß der Rechtlose, der nicht mehr eidesfähig ist, sich behufs Reinigung zum Kampf oder Unterwerfung unter das Ordal entschließen [1]).

Bei Totschlag ist an sich kein Kampf erlaubt, hier steht Leib wider Leib, wohl aber bei Tötung und Verwundung in Notwehr. Der Täter hat sich bei jener bekanntlich unmittelbar nach dem Vorfall in des Richters Gewalt begeben und zur Ausführung seines Rechts erboten. Erfreut sich nun der Tote eines Magen, so kann dieser den Reinigungseid verlegen. Meldet sich kein Kämpfer, so hält der Richter den Beklagten sechs Wochen, bei Aufenthalt von Verwandten des Opfers im Ausland noch länger fest, wobei sich aber jener durch Bürgschaft ledigen kann. So auch bei schwerer Verwundung, insbesondere Lähmung; eine geringfügige Verletzung berechtigt nicht zum Kampf.

Mit Recht behandelt der Schwsp. die Notwehr analog andern Rechtsbüchern mit nicht geringem Mißtrauen: Kommt einer zum Richter und »giht« der rechten Notwehr, so müsse man diesem eben die Lüge glauben, wie dem Magen des Toten die Notwehr der Wahrheit. Und darum sei eben der Kampf gesetzt, damit Gott, der alles weiß, zu Recht entscheidet. Der Schwsp. erkennt also noch den Zweikampf als vollgültiges Ordal an; nicht nur der stärkere soll, weil er der tüchtigere, auch als der sonst bessere Mann angesehen werden, dem mit Fug der Sieg verbleibt [2]).

Auch der bei Ergreifung auf der Tat Gefällte wird als ein in Notwehr Getöteter betrachtet. Diese wird dann selbdritt ausgeführt, es wäre denn, daß es sich um ein schweres Delikt handelt, bei dem man sieben Mann zur Überführung bedarf. Tritt nun ein Mage des Toten auf den Kampfplan, so »widerwirft« dieser die sieben Gezeugen. Der Getötete gilt hier als friedloser Mann.

---

[1]) Planck 1, 787; v. Kries, Sch. 79 II.
[2]) Sch. 79 II c, 314 III, 233.



Von Interesse ist sodann, daß auch bei fahrlässiger Tötung der Mage des Getöteten den seine Unschuld beteuernden Täter zum Kampf grüßen kann [1]).

Der Rechtlose hat nach Schwsp. nur dann zum Schwert zu greifen, wenn er als Dieb oder Räuber abermals eines solchen Verbrechens geziehen ist.

Ferner ist Kampf bei Treubruch denkbar; fehlt es dem Ansprechenden an den sieben, so mag er kämpfen »um ein mein« [2]). Nicht minder, wie erwähnt, bei Hehlerei: Es wird bei einem diebisches Gut entdeckt, dieser zieht auf den Schub (auctor). Letzterer nun erklärt, daß jener ihn zur Tat verführt und er ihm deshalb auch die Beute überlassen habe. Da sie beide gleich verdächtig (belümet), so muß Gott »under in mit kamphe scheiden [3]). Die übrigen kampfwürdigen Verbrechen weisen nach Schwsp. keine Besonderheit auf.

Was nun die persönliche Berechtigung zum Kampfesgruß anbetrifft, so wird vom Kläger gewärtigt, daß er dem Gegner ebenbürtig ist, denn nur von Genossen braucht man die Herausforderung anzunehmen. Welcher semperfreie Mann einen als Genossen anspricht, heißt es, muß vier Ahnen nennen. Der »wirs« Geborne, d. h. tiefer Stehende, darf daher die Ansprache nicht zurückweisen. Eine Ausrede bildet ferner, daß man nicht im Lande geboren [4]).

Man soll beim Kampf sein eignes Leben einsetzen; Lohnkämpfer sind nur ausnahmsweise gestattet. Frauen und Kinder werden durch ihren Vormund bezw. Magen vertreten, durch diesen auch der Schwerverletzte und Tote. Nahe Verwandte dürfen nicht miteinander kämpfen, Lahme und Blinde jedoch in Ermanglung von Magen Kämpfer bestellen (durch Liebe oder um Lohn); wo nötig, besorgt dies der Richter selbst. Der Gedungene kann dann höchstens die Hälfte des Vermögens seines Schützlings als Sold heischen [5]).

Was nun das Verfahren selbst angeht, so soll der Kläger, der wegen Friedbruchs, durch Raub usw. angesprochen hat, aber zum Nachweis der Helfer ermangelt, dem sich zum Reinigungseid Erbietenden die Hand »von dem ayde«, d. h. dem Altar usw., auf die sie jener gelegt, abziehen und sich bereit erklären, mit seinem auf des andern Leib sein Recht »beherten« zu wollen.

Man darf die Kampfklage nicht Nachmittag erheben, auch nicht an gebundenen Tagen. Wird eine Frist gesetzt, welche gewöhnlich sechs Wochen nicht übersteigt, so hat der Richter Friede zu wirken und Bürgschaft zu verlangen.

Am Kampftag leiht der Richter dem Beklagten Schild und Schwert und bestellt Boten, welche darauf achten, daß die Rüstung der Gegner

---

1) Sch. 79 u. IV b, 183. 2) Sch. 48, 99. 3) Sch. 226.
4) Sch. 79 II c, III. 5) Planck 791 f.; v. Kries 44 f.; Sch. 79 II, 78.

in vorschriftsmäßiger Weise vorgenommen wird. Auch Männer mit Stangen gesellt er jenen bei, welche den Gefällten damit stoßen dürfen, sofern er seine Niederlage nicht zugesteht. Nachdem der Kreis um sie gezogen, beschwört der Kläger, daß sein Vorgehen berechtigt, doch sein Widerpart, daß er schuldlos sei. Die Sonne teilt man ihnen »geleiche«. Der Unterliegende wird gerichtet; bei Totschlag kostet es das Haupt, bei Lähmung die Hand [1]).

Bleibt der Gegner aber trotz dreimaliger Ladung aus, so soll der Kläger nach Mittag unter nochmaliger Aufforderung zwei Schläge in den Wind schlagen und dann das Schwert in die Erde stoßen, womit der Ungehorsame überwunden ist. Er wird geächtet, für meineidig wie rechtlos erklärt und über sein Vermögen verfügt. Endlich verlangt man vom Bürgen, dessen Gestellung herbeizuführen; gelingt ihm dies nicht, so haftet er wie der »selpschol« [2]).

Nach AStR. ist die Kampfklage verstattet bei Verrat, Mord, Notnunft, üblem Straßenraub, Vergiftung und Mordbrand, womit aber keineswegs alle Fälle erschöpft sind [3]). Hat die Frau keinen Freund, der für sie eintritt, so soll sie einen Kämpfer bestellen und bei dessen Versagen des Gegners Reinigungseid nehmen. Steht aber Notzucht in Frage, so darf sie eventuell selbst »mit ir selbes libe« den Ehrenräuber bekämpfen. Es greift dies nämlich dann Platz, wenn den Überfall niemand gesehen, so daß die Frau der Schreimannen nicht habhaft werden konnte. Der Täter hat diesfalls das Recht, vor Gericht den Unschuldseid zu leisten, womit sie für immer rechtlos gilt, wenn sie sich nicht entschließt, jenen durch Erbietung zum Kampf zu verlegen. Die Frau hat hiebei einen Rock an, sie verteidigt sich mit einem faustgroßen Stein, den sie mit ihrem Kopftuch gegen den Widersacher schwingt, während dieser selbst bis zum Nabel in einer Grube steht und mit einem eichenen Stab auf sie losschlägt [4]). Was den Ausgang des Kampfes anlangt, so findet sich bei Ruprecht von Freising, der den Verlauf desselben ebenso schildert, eine mildere Anschauung [5]). Nach AStR. wird die Frau im Fall des Unterliegens mit der Strafe, die den Notzüchter bei Überwindung treffen sollte, d. h. mit Lebendigbegraben bedacht; Ruprecht erklärt sie, da es nur selten vorkomme, daß ein Mann von einer Frau besiegt wird, nur der Hand verlustig. Dieses Frauenkampfes gedenken übrigens weder Ssp. noch Schwsp., wohl aber das oberbair. LR.

h) Andere Ordale.

Der Schwsp. führt hier Wasserurteil, Heißeisen und Kesselfang auf. Ersteres, das der Ssp. nicht kennt, besteht darin, daß der Be-

[1]) Sch. 79 II. [2]) Sch. 79 IV. [3]) A. 47. [4]) A. 31.
[5]) Ruprecht 127.

schuldigte gebunden in das kalte Wasser geworfen wird; schwimmt er oben, gilt er als schuldig, da jenes angeblich kein unreines Element in sich aufnimmt. Beim Heißeisenordal hat er ein glühendes Eisen auf der Hand zu tragen, beim Kesselfang aber mit dem Arm bis zum Ellenbogen in das heiße Wasser zu tauchen und einen hühnergroßen Stein herauszuholen [1]).

Während sich die Ordale im alten Recht großer Beliebtheit erfreuen und stets dann zur Anwendung kommen, wenn entweder der Beweisführer der Eidesfähigkeit oder der nötigen Helfer bezw. Zeugen ermangelt oder beide Parteien gleich nahe zum Beweise stehen, sind im Schwsp. nur noch wenige Fälle gewürdigt, so daß also diese Gottesurteile noch mehr als der Zweikampf selbst bereits auf dem Aussterbeetat zu stehen scheinen. Führen in Wirklichkeit hier besondere Gewandtheit und die Verwertung von Finten, ja eventuell auch Bestechung zum erwünschten Ziele, so wähnt man noch, daß sich der dem Ordal Unterwerfende bei Schuldlosigkeit tatsächlich des besonderen himmlischen Schutzes erfreue [2]).

Der Fall, daß sich das Recht während des Verfahrens keiner der beiden Seiten zuneigt, liegt vor, wenn sich zwei um ein Gut streiten. Ist die Zahl wie der Wert der Zeugen beiderseits gleich groß, so teilt man das Gut; versagt indes die Kundschaft völlig, so bleibt das Ordal als ultima ratio [3]). Abgesehen von diesem zivilen Beispiel ist im Schwsp. des Vorkommnisses gedacht, daß einer der Veruntreuung anvertrauten Gutes bezichtigt wird, wobei aber niemand »inne mag werden, ob er ihm übel oder wohl tut«. Auf die Klage hin soll man den Beschuldigten nicht zum Eid zulassen, sondern ihm »drei wal fürlegen«, d. h. eines der obengenannten Ordale empfehlen. Der Spiegler will hier den Schwur nicht, da sonst leicht Meineid geschworen würde und man häufig den Verlust von Gut gewärtigen müßte. Der unterliegende Kläger hat hier dem Verfechter seiner Unschuld um soviel, als er ihn angesprochen, zu »bessern« und die Hälfte hievon dem Richter zu büßen [4]).

Nicht mehr zum Eid berechtigt ist, wie bei Zweikampf erwähnt, auch der, welcher sein Recht mit Raub verloren und abermals desselben bezichtigt wird. Außer durch Erbieten zum Kampf vermag er sich durch Unterwerfung unter eines der drei Ordale zu reinigen [5]). Das letztere gilt auch für den Münzer, der wiederholt der Ausgabe falschen Geldes beschuldigt wird und der Wert desselben über ½ ℔ beträgt [6]).

Im Verfahren des A S t R. findet das Ordal keine Stelle mehr, während in den früheren Statuten von 1104 noch das judicium aquae

1) Sch. 42, 48, 192a, 374 II. 2) Sch. 374 II. 3) Sch. 282.
4) Sch. 374 II. 5) Sch. 48. 6) Sch. 192.

frigidae wie das decoqui der hierbei benötigten panes probaticii hervorgehoben sind [1]).

i) Geständnis. Tortur.

Jenes tritt im Verfahren des Schwsp. nicht als eigentliches Beweismittel auf, das Bekennen der Tat schließt vielmehr den Beweis des Klägers aus, da dieser eben nur dann, wenn der Beschuldigte sein »Leugnen bietet«, angetreten wird. Ist das Geständnis formell vor Gericht abgelegt, so wird ohne weiteres Verhandeln das Urteil gefällt, gleichgültig, ob der Beklagte wirklich schuldig ist oder nicht. Sonstige Zugeständnisse, zumal im Gefängnis, werden nicht weiter beachtet, ebensowenig andere bei der Tat Beteiligte dadurch, daß einer von ihnen die gesamte Schuld auf sich nimmt, entlastet [2]).

Ferner ist nach altem Recht die Erzwingung des Geständnisses von Amts wegen keineswegs zulässig; außergerichtlich mochte man aber dies nur zu oft versucht und durchgesetzt haben. So wenn Helfer oder Zeugen der Tat nicht beigebracht werden konnten, Voraussetzung zum Kampf nicht gegeben war und der Gefangene selbst als übelbeleumundetes Subjekt zur Reinigung nicht zugelassen werden sollte, da er nach Lage der Sache offensichtlich zum Meineid verleitet werden würde. Und zudem befand sich dieser ja in der Gewalt des Klägers oder von Häschern, welche jeder Willkür zu fröhnen vermochten und sich wenig um die Wahrung des formgerechten Vorgehens kümmerten.

Und in diesem Sinne mag auch die einzige Stelle des Schwsp., welche von der Tortur handelt, gedeutet werden. Sie empfiehlt, den hartnäckig Leugnenden, dessen Untat außer Zweifel, aber nur von einem oder zwei wahrgenommen wurde, zu »witzegen mit slegen an der sraiget, mit starker vancnusse, mit hunger, vroste und andern ubeln dingen, unz er verjehe«. Der Artikel gibt selbst zu, daß diese erzwungene »Geziucschaft« wider Recht ist, die also vom Gericht gar nicht verwertet werden sollte; man solle auch »die wize nur anlegen«, wenn die Zeugen der Tat glaubhafte, biderbe Leute sind [3]).

Gemäß A S t R. darf, wie erwähnt, der Rat, wenn »war tat, schub, das bekennen oder verjehen« vorliegt, über jede Missetat nach dem Stadtbuch auf Eid erkennen, so daß es dann keiner andern »geziügnüsse und bewaerung« mehr bedarf. Freilich handelt es sich hiebei um einen späteren Zusatz; es ist aber doch denkbar, daß auch in Augsburg frühzeitig ein inquisitorisches Vorgehen unter Leitung von Ratgeben üblich wurde und damit auch die Folter unzweifelhaft ihren Einzug hielt [4]).

---

[1]) A. Seite 312 Art. VI.

[2]) v. Kries 140 f.; über das G. in Banden s. A. 34 Z. 11.

[3]) v. Kries 147; Sch. 375 III.

[4]) A. 92 Z. 3.



4. Rückblick.

Ernst Mayer beklagt in seinem letzten großzügigen Werk, daß im Schwsp., diesem so wenig präzisen Rechtsbuch, die Überführung nur so gelegentlich und ohne Begrenzung erwähnt sei. Und so sei auch nicht festzustellen, ob man nur ein Überführen des gefangenen Mannes vor sich habe oder ob dies auch dem auf freiem Fuß befindlichen Beklagten gegenüber denkbar sei [1]). Bestimmungen über Festnahme enthält der Schwsp. allerdings nur sehr wenige. Immerhin werden Friedbrecher und Achter ohne weiteres dingfest gemacht, und an deren Stelle finden wir später die schädlichen Leute. Bei Gegenwehr werden auch jene bußlos niedergeschlagen [2]). Zweifellos wird der Kläger nach der Tat alles daran setzen, des Rechtsbrechers habhaft zu werden; er wird entweder dessen Verfolgung ununterbrochen bis zur Ergreifung fortsetzen oder wenigstens, um dessen Verfestung zu ermöglichen, rechtzeitig Klage erheben.

Die Frage aber, ob der Kläger auch den ungefangenen Beschuldigten zu übersagen vermag, scheint ohne praktische Bedeutung. Wenn er dies kann, was übrigens nach Ssp. unzulässig, wird jener dann auch freiwillig vor Gericht erscheinen? Gewiß nicht, sondern er wird, wenn er seine Überführung zu besorgen hat, es eben für ratsamer halten, das Hasenpanier zu ergreifen, statt Hals oder Hand zu riskieren. Er stellt sich nur, wenn er erwarten darf, zur Leistung des Unschuldseides zugelassen zu werden oder hiebei höchstens dessen Verlegen durch Kampf befürchten zu müssen.

Daß die Festnahme von Übeltätern übrigens geradezu Pflicht war, dafür spricht vornehmlich das bairische Recht. Nach dem Landfrieden von 1256 soll jeder, der einer schädlichen Sache oder eines großen Dings bezichtigt ist, ohne Rücksicht darauf, ob ein Kläger gegen ihn in die Schranken tritt oder nicht, dingfest gemacht und eventuell Bürgen von ihm genommen werden. Der Richter ist in solchem Fall zum Einschreiten unbedingt verpflichtet. Man hält den Beschuldigten so lange fest, bis ein Kläger auftritt oder das Gericht von der Schuld überzeugt ist oder jener sich dieser entredet. Diesfalls hat er seine Schuldlosigkeit vor Gericht auszuführen und, daß er dies befolgt, dafür hat er eben Bürgen zu stellen. Ähnlich 1281 [3]).

Gelingt es ihm aber trotzdem, ungefangen vor Gericht zu treten, und ist er einer schädlichen, großen Sache gezigen, so kann man nach oberbair. LR. überhaupt nicht gegen ihn vorgehen und daher auch nicht den Schwur verlegen [4]). Anders in Fällen, bei denen man selb-

[1]) Geschworenengericht und Inquisitionsprozeß, 8. [2]) Sch. 252.
[3]) Quell. u. Erörter. 5, 143 (1256, 15), 340 (1281, 4 u. 5); Archiv 63 3, 262.
[4]) LR. 31 (Freyberg, Ges. hist. Schr. IV).



dritt übersagen darf. Hier soll der Richter den Inzichter, der sich vermißt, »gerichten«, d. h. den Unschuldseid leisten zu wollen, gebunden und gefangen zu Recht stellen, sofern sich jemand, um die Inzicht zu fertigen, d. h. zu übersagen, erbietet. Es erringt der Kläger also damit die Vorteile, die ihm dem gefangenen Täter gegenüber zustehen [5]).

Blicken wir in das Kampfrecht des Schwsp. Wird hier einer des Friedbruchs durch Verwundung bezichtigt und bietet er seinen Eid, so muß der Kläger jene selbdritt erweisen, gebricht es ihm an Zeugen, so grüßt er zum Kampf. Vor Beginn des Verfahrens unterwindet sich der Richter auf Verlangen des Klägers des Gegners, ihm dadurch die Rolle des Beklagten aufzwingend [6]). Sollte man etwa nach Schwsp., der ja soviel verwandte Züge mit dem LR. aufweist, gegen den Inzichter ebenso verfahren wie im LR.?

Endlich dürfte doch der Schwsp., will er wirklich als Schwabenkind gelten, keine so große Verschiedenheit mit dem AStR. bekunden, das wenigstens bei den meisten Ungerichten die Festnahme vorschreibt und in dem ja gemäß dem Schulbeispiel des Diebstahls jedem, den der Kläger nicht zu »nöten«, d. h. festzunehmen vermag, der Reinigungseid freisteht [7]). Er darf also den auf Ladung Erschienenen nicht mehr übersagen; er muß »sine beredunge darumbe nemen«. Nur hier und da kann in Rücksicht auf die offensichtliche Notorietät der Schuld der Unschuldseid untersagt werden [8]). Es hat also auch hier keinen Zweck, zu fragen, ob man gegen den Ungefangenen beweisen kann. In schweren Fällen wird daher dem Kläger, sofern des Gegners Schuldlosigkeit nicht am Tage liegt, nichts übrig bleiben, als mit Acht vorzugehen. Eher wird sich dieser bei Vorliegen eines geringeren Handels dem Richter stellen, da er ja dann in der Regel nur eine Buße riskiert, bei Ungehorsam aber schlimmere Folgen zu gewärtigen hat. Es sei hier übrigens noch auf eine beachtenswerte Besonderheit aufmerksam gemacht. Bei Heimsuchung übersagt man selbdritt. Bleibt nun der vorgebotene Beklagte aus, so erzeugt jener, trotzdem der Gegner gar nicht anwesend, die Heimsuche und erwirkt dadurch die Ächtung [9]).

Der Vorschrift des Schwsp., daß dem nicht auf handhafter Tat ergriffenen Franken der Reinigungseid zusteht, was übrigens in manchen Stadtrechten den Bürgern als Privileg zugesichert ist, wird spätestens mit Einführung des Übersiebnens ein Ziel gesetzt [10]).

Sonst ist das Beweisverfahren des Schwsp. keineswegs so unklar und lückenhaft zu nennen. Die Behandlung der handhaften Tat wie des Schubs geht mit Deutlichkeit aus Art. 100 hervor.

---

[5]) LR. 30. [6]) Sch. 79 II. [7]) AStR. 34. [8]) AStR. 49, 2.
[9]) AStR. 51 Z. 5. [10]) Sch. 123 b.

Bei Delikten, welche an den Leib gehen, bedarf es sieben Mannen, außerdem zweier Helfer. Bei Diebstahl und Raub genügt die Beredung auf dem Schub. Wenn es im Zwischensatz heißt: »und ist ez alzo, daz er jenen gewundet oder erslagen hat«, so soll damit nur gesagt sein, daß selbst der Tote vor Gericht geschleppt, überwunden und eventuell gerichtet werden, nicht aber, daß jenes Verfahren n u r bei Verwundeten und Toten Platz greifen soll. Was übrigens gegen den Verwundeten üblich, gilt auch für den Unverletzten.

Einen großen Fortschritt bekundet nun hiegegen das AStR.; gemäß dem bei Vorliegen der Handhafte die Zuziehung von Helfern in der Regel nicht mehr erforderlich ist.

Immerhin sind hier in einigen Fällen noch zwei Helfer verlangt, nämlich bei Mordbrand, Ergreifen in der Spähe und Gewichtsfälschung im Rückfall. Es soll hiedurch der Willkür durch den Kläger möglichst vorgebeugt werden. Bei Mordbrand handelt es sich um eines der schwersten Verbrechen, der dessen Überführte wird lebendig verbrannt. Wie leicht kann da in Erregung über den teuflischen Anschlag ein Schuldloser ergriffen und bei Feindseligkeit des Klägers dem Justizmord verfallen. Ebenso vermag ein harmlos am Wege Stehender aus Gehässigkeit der Spähe bezichtigt werden. Deshalb wird hier außerdem noch Notorietät der Tat oder Geständnis beansprucht. Hinsichtlich der Gewichtsfälschung wird die Übersagung zudem noch durch den Vogt und zwei Bürger betätigt.

Als handhafte und eventuell der Übersiebnung unterworfene Delikte kommen für gewöhnlich auch Friedbruch, Heimsuchung, Mord, Notzucht, Ehebruch und Fälschung in Betracht. Wie sind diese in den beiden Rb. gewürdigt? Der handhafte Friedbruch wird im Schwsp. gemäß den Normen der handhaften Tat behandelt, sonst ist die Übersagung des Friedbrechers nur im Kampfrecht erwähnt, und hier erfolgt sie lediglich nach Maßgabe der Tat, die jenen hervorrief[11]). Nach AStR. überwindet man selbdritt.

Im Hinblick auf den Totschlag gilt, wie erwähnt, der Leichnam als Handhafte, Helfer treten hiebei nicht auf. Merkwürdig ist indes die Behandlung des Handfriedbruchs durch Totschlag im AStR. Jener wird selbdritt bewährt. Im übrigen verlangt man aber, abgesehen von der Leiche und dem gefangenen Täter, noch Notorietät der Tat. Es ist dies fast des Guten zuviel; allerdings können dann die Einwände der Unschuld oder Notwehr nicht mehr in Frage kommen. Außerdem wird die Lage des Beschuldigten dadurch, daß er die Tötung im Frieden verübt, keineswegs verschlimmert. Er verliert das Haupt, wiewohl auf Grund der Reichslandfrieden der Bruch des Friedens durch Ableib als Mord gesühnt werden sollte.

[11]) Sch. 79 II.

Dieser wird dem Totschlag analog bewiesen. Den lediglich gefangenen Mörder überkommt man nach AStR. mit drei Männern. Es ist seltsam, daß man gerade bei diesem schweren Delikt die Überführung so sehr erleichtert hat.

Hinsichtlich der Notzucht, die, sofern die Überfallene um Hilfe schreit und die sonstigen Erfordernisse erfüllt, stets als handhafte Tat angesehen wird, sind eigentlich nach Schwsp. (100) sieben Helfer benötigt. Man begnügt sich aber, da es mitunter nicht möglich, soviel Schreimannen aufzubringen, meist mit zwei; im bairischen Recht wird nur dann, wenn es überhaupt an solchen fehlt, übersiebnet (nach Lfr. vor 1300 indes noch mit zwei Helfern übersagt) [12]). Das AStR. schreibt gar keine Zahl vor (Männer und Weiber, die das Geschrei gehört).

Wie man den Ehebrecher überweist, ist aus dem Schwsp. nicht ersichtlich. Womöglich kommt der Brauch zur Anwendung, mit dem uns Ruprecht näher vertraut macht und der damals an vielen Orten heimisch war [13]). Nachdem nämlich der gekränkte Ehemann die Schuldigen getötet, klagt er sein Leid den auf seinen Ruf herbeigeeilten Nachbarn, worauf er sich mit diesen als Schreileuten, die blutige Waffe in der Hand, zum Richter begibt und dort abermals Klage erhebt — ein Verfahren, das mit dem bei Notzucht manche Ähnlichkeit aufweist. Einer sonstigen Unterstützung durch Schreileute vor Gericht, d. h. als Helfer, bedarf es wohl nicht mehr. In Augsburg ist für Ehebruch bereits das geistliche Gericht zuständig.

Als durchaus handhaftes Delikt wird in beiden Gesetzen die Fälschung behandelt. Es ist hier auch ein Überweisen ohne Vorliegen des Schubs, d. h. der gefälschten Ware, nicht gut möglich.

Bei Betreten mit falschem Geld wird geschoben bis zur Eruierung des Schuldigen. In Augsburg reicht es zur Richtung hin, wenn man bei einem zur Hälfte gefälschtes Gold oder Silber mit Wahrheit findet. Den Schreiber falscher Handfesten und Briefe überkommt man nach Schwsp. selbdritt.

Wir gelangen nun zum Übersiebnen des ohne Handhafte festgenommenen Verbrechers. Im Schwsp. kommt dies bei dem Dieb, Räuber, Brenner, Meineidigen und Treubrüchigen zur Anwendung, in gleicher Weise, wenn der Täter bei der Gegenwehr oder sonst vor der Aburteilung das Leben eingebüßt hat. Hier ist auch der treulose Pfleger angeführt, der sonst mit zwei Helfern übersagt wird. Die Überwindung geschieht in jenen Fällen nicht selbsiebent, sondern mit sieben Mannen. Es liegt darin eine Erschwerung des Beweisrechts des Klägers, wenn statt dessen ein weiterer Helfer auftritt. Bei Diebstahl werden wirk-

---

[12]) Sch. 254; LR. 56 ff.; s. a. von der Pfordten, Ztschr. f. Rechtsgesch. 12 364.

[13]) Ruprecht, 27.



liche Zeugen verlangt, was indessen nicht von besonderer Bedeutung scheint, indem ja die damaligen Zeugen oft lediglich das bekunden, was sie von Hörensagen wissen. Es ist auch schwer verständlich, daß bei einem heimlichen Delikt, wie Diebstahl, sieben Personen den Vorgang mit eignen Sinnen wahrgenommen haben wollen. Eher wäre dies bei Raub möglich. Es genügen zudem bei diesem eventuell drei, bei jenem zwei Helfer bezw. Zeugen.

Wir haben hier ein wirkliches Übersiebnen schädlicher Leute vor uns [14]), wiewohl dieses in der Regel selbsiebent erfolgt. Noch in andern Territoıien und Städten huldigt man jenem Brauch, wie ja auch nach Münchner StR. dem eines großen Dings Bezichtigten auf solche Weise der Garaus gemacht wird [15]).

Nach AStR. ist die Zahl der Übersiebnungsfälle größer. Als solche sind hier Diebstahl, Straßenraub, Mordbrand, Totschlag, Zauberei und Vergiftung zu nennen. Auch der die Ächtung Leugnende wird auf diese Weise überführt. Bei Totschlag findet das Übersiebnen nur in dem Falle statt, daß der Täter, statt sich zum Vogt zu begeben, zu flüchten versucht. Denn sonst genügt ja der Hinweis auf den Leichnam zur Überwindung.

Was den schädlichen Mann selbst angeht, so kommt dieser im Schwsp. überhaupt nicht vor, im AStR. nur dreimal. Bei dem Zugeständnis für S. Ulrich und den Dom, schädliche Leute in ihr Asyl aufnehmen zu dürfen [16]), könnte man auch an eine Einschmuggelung des Ausdrucks durch die Reichskanzlei denken, wie dies in manchen Gebieten möglicherweise stattfand. Ich fahndete indes vergebens nach einem solchen Privileg. Daß der schädliche Mann aber auch sonst in Augsburg heimisch, bezeugt mit Sicherheit die Satzung, wonach der Vogt, wenn er über Diebe, Räuber, Mörder, den Totschlag und alle schädlichen Leute richtet, die Sturmglocke läuten soll [17]). Es wird zudem dadurch unzweifelhaft festgestellt, daß sich auch dort der schädliche Mann als Missetäter an sich charakterisiert.

Doch ich eile zum Schlusse! Muß ich die bedeutende Erleichterung bei handhafter Tat oder Schub im AStR. als Fortschritt bezeichnen, so auch die Vermehrung der Übersiebnungsfälle, wobei diese hier stets selbsiebent und nicht mit sieben Mannen erfolgt.

Dasselbe gilt für die Herabsetzung der Helferzahl auf drei bei verschiedenen wichtigen Delikten, wie Mord, Meineid, Handfriedbruch, Heimsuchung, Brand- und anderer schwerer Drohung, Korn- und Gartendiebstahl, Gewichtsfälschung, Verrat. Ferner treten beim Eid keine Zeugen, sondern nur Helfer mit Zeugenqualität auf. Überführt wird nur noch selbsiebent und selbdritt, den Reinigungseid leistet man

[14]) S. mein Übersiebnen sch. Leute. [15]) StR. 247, 249 (Auer, MStR.).
[16]) AStR. 12, 13. [17]) AStR. 23.



selbdritt oder allein. Hält man auch am Kampfrecht noch fest, so sind doch die übrigen Ordale endgültig beseitigt. Gerichtszeugnis und Schau scheinen zielbewußter ausgestaltet, das Anwendungsgebiet der Notorietät erweitert; auch des Geständnisses ist bereits mitunter gedacht, wiewohl die Satzung über die Jurisdiktion des Rates bei Bekennen usw. erst dem 15. Jahrhundert angehört [18]).

Und diese auf den ersten Blick vielleicht nicht so einleuchtenden Beweiserleichterungen waren bedingt durch den vielseitigen Verkehr in der Handelsstadt, wo sich für Diebstahl und Trug willkommene Beute darbot, wie den lebhaften Austausch mit fremden Emporien, die zahlreichen Warenzüge, die den Überfall von Raubgesellen herausforderten, deren energische und rasche Niederwerfung dringend geboten war. Und welche Kämpfe zumal in der Folgezeit der biedern Schwabenstadt mit dem professionellen Verbrechertum erblühten, die alljährlich in der Razzia und Massenausweisung am S. Gallustag ihr Ziel fanden, wird uns von anderer Seite anschaulich geschildert [19]).

Wie Caspar dazu kommt, das AStR. dem Schwsp. gegenüber als rückständig hinzustellen, ist nicht wohl begreiflich [20]). Wenn jenes die Beihilfe bei Diebstahl, Mord, Heimsuchung, da sie eben in der Bestrafung der Tat gleichsteht, nicht ausdrücklich hervorhebt, so geschieht dies eben, weil dieser Grundsatz allgemein anerkannt war und daher keiner besonderen Hervorhebung bedurfte. Und Beihilfe ist doch sonst in jenem gewürdigt, ich erinnere nur an den Beistand bei blutigem Zusammenstoß in der Fehde oder zugunsten des Muntmannes [21]). Von Anstiftung ist im Schwsp. nur der Fall bemerkenswert, der mit Hehlerei zusammenfällt und, was Reue anlangt, die wenig moderne Anschauung, daß der Räuber bei Rückgabe der Beute auf Aufforderung hin der peinlichen Strafe entgeht [22]). Nicht durch Fahndung nach geringfügigen Besonderheiten aber, sondern indem man den Blick auf das Ganze richtet, wird man sich bewußt werden, daß sich das AStR. im Vergleich zum Schwsp. einer höheren Entwicklungsstufe erfreut. Dies aber eingehend zu begründen, dafür gebricht es hier leider an Raum.

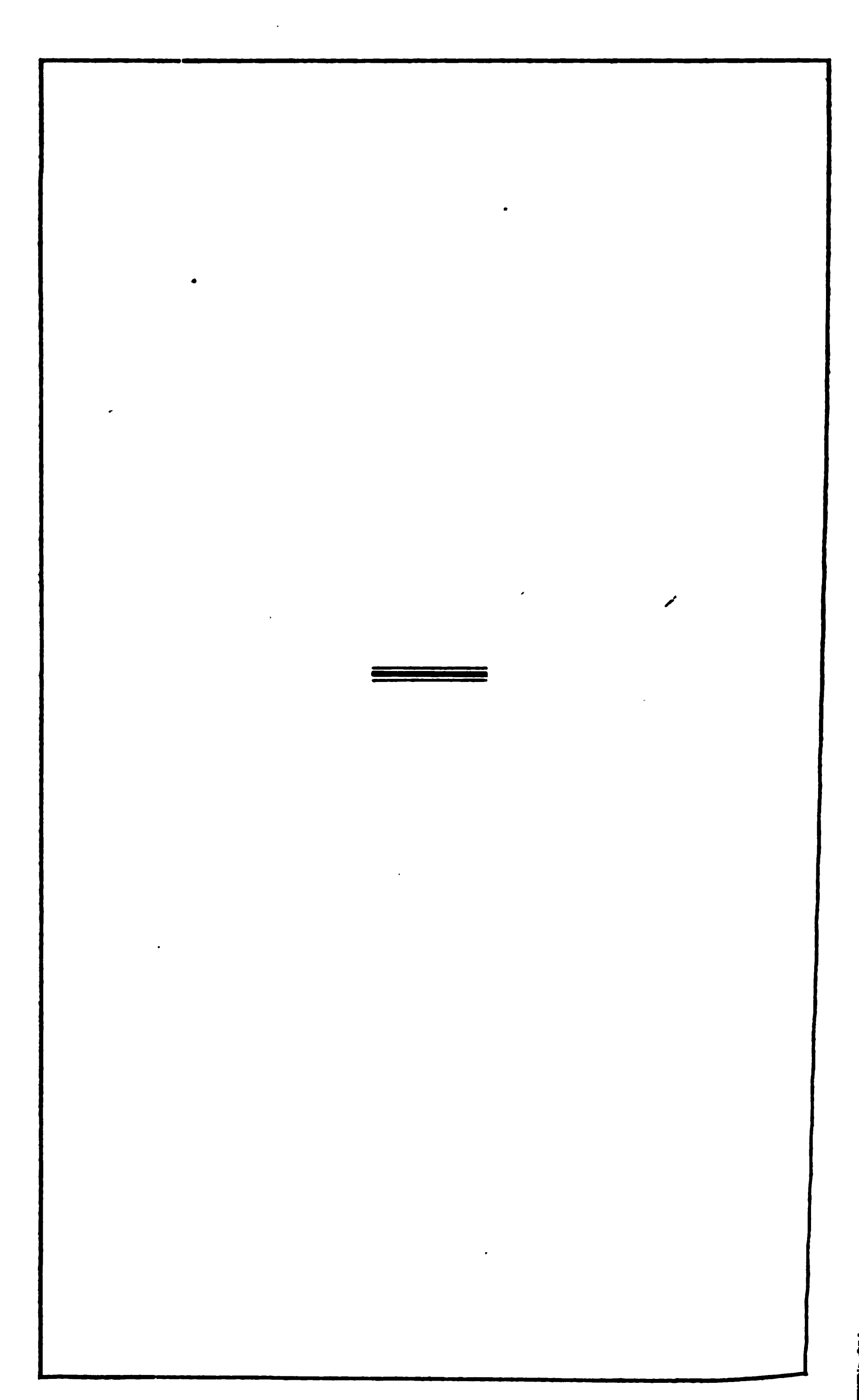
Und im Grunde genommen ist das Beweisverfahren der beiden Rb. gar nicht so verschieden, ja die Behandlung vieler Delikte stimmt, abgesehen von jenen Erleichterungen, so ziemlich überein. Freilich wurden sie, vielleicht ohne einander zu kennen und jedenfalls unbeeinflußt voneinander, in den nämlichen Jahren niedergeschrieben, wie sie auch

18) A. 92; eine Abänderung erfolgt 1512.
19) Buff, Ztschr. d. hist. Ver. Schwaben-Neuburg, 1877.
20) Caspar 84.
21) AStR. 27, 7 Z. 8 u. 9; 52 Z. 1 u. 2.
22) Sch. 42; Ruprecht 65.



sicher aus verschiedenen Quellen, die Autoren des AStR. besonders aus der Praxis schöpften. Denn daß letztere den Schwsp. benützten, aber jede Spur hievon verwischten, wie Caspar vermutet [23]), klingt doch zu unwahrscheinlich. Und man war damals geradezu eifrig darauf bedacht, derartige Anleihen bei Fremden zu nehmen und sie keineswegs zu verhehlen. Gerade die vielfachen analogen Rechtsanschauungen in beiden sprechen dafür, daß der Schwsp. eben doch der schwäbischen Denkungsweise entsprossen ist und seinen Namen redlich verdient, trotzdem man ihn mit soviel fremdartigen Federn aufgeputzt hat. Merkwürdig ist, daß dieser trotz der Vielseitigkeit der Kompilation so wenig Widersprüche aufweist [24]). Auch die Zusätze des AStR. charakterisieren sich nur ausnahmsweise als Weiterbildung des bisherigen Rechts, sie suchen vielmehr die ursprünglichen Satzungen zu ergänzen und genauer auszuführen. Endlich sind die kurz und lapidar gefaßten Gebote des Schwsp. völlig systemlos aneinandergereiht, während sich das AStR. durch eine lebendige und vom Standpunkt seiner Zeit sehr entwickelte Diktion auszeichnet. Blieb nun das gründlicher gefaßte AStR. auf seinen Wirkungskreis beschränkt, so war der Schwsp. eben dadurch, daß er weniger in die Tiefe stieg, aber dafür ein um so bedeutenderes Gebiet bewältigte, von vornherein dazu berufen, für einen größeren Kreis von Territorien und Städten als subsidiäres und gemeines Recht zu dienen, ein Bestreben, das nach Anlage seines Rechtsbuchs auch einen Ruprecht von Freising beseelte, aber von geringerem Erfolge bekrönt war.

[23]) Caspar 83. [24]) Auch Caspar 85 bestätigt dies.



Festgabe für Josef Kohler zum 9. März 1919
3. Beitrag

Grundsätze des internationalen Strafrechts.

Von A. Mendelssohn Bartholdy, Würzburg.

Ludwig v. Bar hat kurz vor seinem Tode eines der wichtigsten Kapitel seiner Lebensarbeit in gedrängter Darstellung wiederholt: ich meine seinen Beitrag zur Holtzendorff-Kohlerschen Enzyklopädie der Rechtswissenschaft über Internationales Privat-Straf- und Verwaltungsrecht (II 225 ff. der 7. Aufl., 1914). Josef Kohler hat in seinem Lehrbuch des internationalen Strafrechts mit den Ausführungen v. Bars in einer Hauptfrage die gleiche Richtung genommen: in der entschiedenen Ablehnung des sogenannten Realprinzips (v. Bar a. a. O. 272, Kohler a. a. O. 93 ff. u. ö.); auch darin gehen sie zusammen, daß ihnen das Realprinzip als eine Art Abwandlung des Grundsatzes der »passiven Personalität« erscheint, jedenfalls die Erstreckung der Strafgewalt des Staates auf Delikte, die im Ausland gegen seine Angehörigen begangen worden sind, als Hauptanwendungsfall des Realprinzips angesehen wird.

Da ich in meinem Beitrag zur Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts (VI, 85—316, bes. 295 ff.) für das Realprinzip, aber aufs schärfste gegen das passive Personalitätsprinzip eingetreten bin, also völlige Verschiedenheit der Bewertung nicht nur, sondern der Auffassung dieser Grundsätze des internationalen Strafrechts zwischen meinem Versuch und der Lehre der beiden großen Internationalisten besteht, mag es erlaubt sein, auf das Problem zurückzukommen und den Glückwunsch, zu dem sich die Mitarbeiter dieses Heftes an Josef Kohlers siebzigstem Geburtstag vereinigen, mit einer Untersuchung über den Sinn des internationalen Strafrechts und die diesem Sinn gemäßen Grundsätze der räumlichen Abgrenzung zwischen den Strafgewalten darzubringen.

Auch v. Bar geht in seiner kurzen Darstellung von dem aus, was ich eben den Sinn des internationalen Strafrechts genannt habe, und was er die Aufgabe des internationalen Strafrechts nennt. Er hat den Begriff des internationalen Privatrechts vorausgeschickt; es ist ihm »die Bestimmung der Kompetenz der Gesetzgebungen der einzelnen Staaten (und ihrer Organe — Gerichte, Behörden) für die privaten Rechtsverhältnisse«. Daran knüpfen seine ersten Sätze über das internationale Strafrecht an: »Auch im internationalen (materiellen) Strafrechte handelt es sich um die Bestimmung der Zuständigkeit der Gesetze der einzelnen Staaten, jedoch mit dem Unterschied, daß man es für unangemessen erachtet, eine Strafe auf

Grund eines ausländischen Strafrechts zu verhängen, das einer abweichenden Auffassung der Strafgerechtigkeit folgen kann: das auswärtige Strafrecht kann für unsere Gerichte nur als Schranke der Ausübung unseres Strafrechts in Betracht kommen; wir verzichten unter Umständen auf Bestrafung überhaupt, wenn das Ausland nicht straft, und wir verzichten etwa auch auf strengere Bestrafung, wenn das Ausland eine mildere Strafe für genügend erklärt. Die in der Strafrechtszuständigkeit vorhandenen Lücken können strafprozessual durch Rechtshilfe (Auslieferung an den zuständigen Staat) unschädlich gemacht werden.« Man sieht, daß der Zuständigkeitsgedanke am Anfang und Ende dieser begrifflichen Fassung des internationalen Strafrechts steht. Aber man darf das freilich nicht so verstehen, daß v. Bar den einzelnen Staaten, deren Zuständigkeit zu bestimmen ist, die Kompetenz-Kompetenz geben wollte, vermöge deren sie, wie der Staat als Gerichtsherr seinen Gerichten so der Staat als Herr der Gesetzgebung seinen Gesetzen, selbstherrlich ihren Jurisdiktionsbereich dort, ihr Geltungsgebiet hier zuschreiben könnten. Bei einer solchen Auffassung des internationalen Rechts könnte man wohl noch von einzelnen Grenzregulierungen und vor allem von einzelnen Konflikten juristisch handeln, aber eine Gesamtaufgabe, im Sinne des internationalen Strafrechts, bestände dann nicht. v. Bar meint mit der Verwendung des Ausdrucks der »Zuständigkeit« etwas ganz anderes, als was wir technisch die Kompetenz-Kompetenz nennen; er will offenbar durch diesen Ausdruck gerade darauf hinweisen, daß verschiedene an sich gleichberechtigte oder, wenn man will, gleichmächtige Gewalten zu gleicher Zeit nebeneinander in einem Raume sich finden, den nun keine von ihnen ganz für sich beanspruchen kann; die rechtliche Ordnung ihrer Raumanteile ist Zuständigkeitslehre; Zuständigkeit bedeutet in diesem Sinn schon ein Begrenztsein des einen Zuständigkeitsbereichs durch die andern, bedeutet auch, daß solche Abgrenzung entweder im gemeinsamen Einverständnis aller Zuständigkeitsträger oder durch ein ihnen allen übergeordnetes Gesetz erfolgen muß.

So wenigstens sicherlich im internationalen Privatrecht. v. Bar bemerkt im Anschluß an die vorhin angeführten Sätze, im Privatrecht träten die Konsequenzen unrichtiger Sätze unmittelbarer und der Gesamtheit fühlbarer hervor als im Strafrecht. Niemand werde jetzt noch den Satz aufstellen wollen, daß für die Gerichte des Inlands das bürgerliche Recht des Auslands überhaupt nicht da sei, daß der Staat im Ausschluß der Berücksichtigung ausländischer Rechtsnormen so weit gehen könne, als ihm eben beliebt. Das wäre in der Tat ein unrichtiger, dem Wesen des internationalen Rechts als Zuständigkeits- oder Grenzrecht widersprechender Satz, und diese Unrichtigkeit würde

sich an dem Staat, der willkürlich die Grenzen der eigenen Gesetzesherrschaft in die weite Welt hinausstecken wollte, sogleich rächen. Aber ist das beim internationalen Strafrecht wesentlich anders? Hier, sagt v. Bar, »leugnen manche die Existenz irgendeiner Schranke für die internationale Erstreckung der Strafgesetze, vielmehr könne jeder Staat nach s e i n e m Gutdünken auch alle und jede im Auslande von Ausländern vorgenommenen Handlungen nach seinen (besonderen) Strafgesetzen strafen. Die Strafe wird eben nur dem einzelnen, den sie trifft, und allenfalls dessen nächsten Angehörigen fühlbar, und in manchen Fällen ist es auch kaum von erheblicher Bedeutung, ob jemand, der nach den Gesetzen sämtlicher zivilisierter Staaten eine schwere Strafe zweifellos verdient hat, von dem einen oder dem anderen Staate solche Strafe empfängt. Andererseits, wenn bei mangelnder eigener Strafzuständigkeit unseres Staates und mangelnder Auslieferung an den nach einer anderen Theorie ausschließlich zuständigen Staat zweifellose Verbrecher jeder Bestrafung öfter entgehen können, scheint eine der Herrschaft der Strafgesetze international engere Grenzen setzende Theorie zur Abwehr eines theoretischen Angriffs sich auf den Hinweis darauf berufen zu dürfen, daß überhaupt ja viele Verbrecher straflos bleiben, und daß der Staat aus mannigfachen Gründen auf die Bestrafung zahlreicher strafwidriger Handlungen gesetzlich verzichtet, während kein zivilrechtlicher Anspruch der Möglichkeit einer Entscheidung entbehren darf.« So scheint v. B a r sich doch der Ansicht zuzuneigen, die er in diesem zuletzt wiedergegebenen Satz bespricht und gegen einen angenommenen »theoretischen Angriff« rechtfertigt, der Ansicht, daß für die Herrschaft der Strafgesetze international engere Grenzen gesetzt werden müssen, als sie herauskommen, wenn jeder Staat nach seinem Belieben alle und jede von irgendwem irgendwo gegen irgendwelche geschützten Rechtsgüter begangenen Delikte unter die Herrschaft seiner Strafgesetze und seiner Strafgewalt stellen könnte.

Aber mir scheint gegen die ganze Argumentation v. Bars denn doch ein sehr schweres Bedenken zu bestehen — es richtet sich freilich nicht gegen ihn als ersten Verkünder seiner Sätze, sondern gegen fast alle ihm vorangegangenen Internationalisten, gegen die gesamte Lehre vom internationalen Strafrecht überhaupt. Sie spielt von jeher mit der Frage, die auch v. B a r hier zum Kern seiner Ausführungen macht: Wie richtet man sich im internationalen Strafrecht ein, damit »zweifellose Verbrecher« nicht zwischen die Herrschaftsgebiete der Strafgesetzgebungen, in das strafrechtlich staatenlose Gebiet fallen und infolgedessen der Bestrafung entgehen? Und diese Frage ist die Kehrseite der anderen, im System des »conflict of laws« aufgeworfenen: Wie richtet man sich im internationalen Strafrecht ein, damit dieser selbe »zweifel-

lose Verbrecher« nicht für seine eine Tat von mehreren Strafgewalten erfaßt und auf die verschiedenste Art abgeurteilt und gestraft werde, wobei es ja auch dazu kommen könnte, daß er frei ausginge, weil ihn der eine Staat durchaus nur mit dem Beil, der zweite nur mit dem Strang und der dritte nur auf dem elektrischen Stuhl wollte hinrichten lassen! Aber beide Fragestellungen gehen darin fehl, daß sie den »zweifellosen Verbrecher« zum Ausgang ihrer Betrachtung nehmen [1]. Denn ihn gibt es, rechtlich gesprochen, überhaupt nicht, wenn es nicht ein zuständiges Strafgesetz gibt, unter dem seine Tat als Verbrechen erscheint. Hier soll nicht davon die Rede sein, daß jeder Angeschuldigte als unschuldig gelten muß, bis er seiner Schuld im geordneten Verfahren überführt wird; ich will absehen davon, daß erst ein durchgeführtes Strafverfahren uns rechtlich den zweifellosen Verbrecher zeigen kann; aber ich weise darauf hin, daß im internationalen Strafrecht genau ebenso wie im internationalen Privatrecht das objektive Recht vor dem subjektiven Recht oder Unrecht zu denken ist. Ein Unterschied zwischen Privatrecht und Strafrecht besteht hier nur insofern, als wir gewohnt sind, im Privatrecht für die ältesten Zeiten nicht nur, sondern bis in unsere Tage vielfach mit Sätzen ungeschriebenen objektiven Rechts zu rechnen, während im Strafrecht — und das macht gerade die hier zu erörternde Frage leichter — das geschriebene Gesetz zuerst da sein muß.

So wenig sich dieses Gesetz aber außer der Zeit daseiend denken läßt, so wenig läßt es sich denken außer dem Raum, so wenig über aller Zeit, so wenig über allem Raum; so wenig es sich selbst ewige Geltung zuschreiben kann, so wenig kann es sich räumliche Allgeltung geben. Zum Dasein des Gesetzes gehört sein Herrschaftsgebiet, begrenzt so räumlich wie zeitlich; und eine Handlung ist strafbar (im Sinne des Satzes nulla poena sine lege) nicht schon dann, wenn sie gegen ein irgendwann oder irgendwo in Geltung gewesenes oder jetzt noch geltendes Strafgesetz verstößt, sondern wenn sie im zeitlichen und räumlichen Herrschaftsgebiete eines bestimmten Strafgesetzes diesem zuwiderläuft.

Den Gedanken, daß die Staaten sich Verbrechern und verbrecherischen Handlungen gegenübergestellt sähen und nun erst ihre Strafgesetze und Strafverfolgungsanstalten wie Netze zum Fang dieser Verbrecher auswürfen, wobei dann das Fischen im fremden Gewässer nur eine völkerrechtlich-politische, keine strafrechtliche Streitfrage bilden könnte, diesen Gedanken lehne ich völlig ab. Zuerst die Bestimmung des Herrschaftsgebiets der Gesetze; dann erst die Bewertung der Handlungen als rechtmäßiger, widerrechtlicher, schuldhafter, deliktischer Hand-

[1] Vgl. König, Grundzüge des intern. Strafr., S. 66.



lungen, und zuletzt der Rechtsschutz und die Strafverfolgung, das ist die richtige Folge.

Damit soll keineswegs gesagt sein, daß der erste Schritt auf diesem Weg, eben die Bestimmung des Herrschaftsgebietes der Gesetze, noch außer dem Bereich des Rechts liege, wenigstens sozusagen mit einem Fuß der Gesetzgeber noch außerhalb dieses Bereichs stehe, wenn er seinem Strafgesetz die Grenzen zieht und das räumliche Dasein bestimmt. Im Gegenteil. Die Ausführungen v. Bars zeigen ja selbst am deutlichsten, wie wenig sicher man geht, wenn man jener Vorstellung von dem bereits vorhandenen und durch die Strafgesetze erst zu erfassenden Verbrecher folgt. Der Gesetzgeber, der seinem Strafgesetz Grenzen im Raum zieht, steht dabei vollkommen im Bereich des Rechtes; er erfüllt einen Teil der Aufgabe, die allen Gesetzgebern — oder um den heute gangbaren Ausdruck zu gebrauchen, dem Völkerbund in seinem Gesetzgebungsamt — durch das Wesen des Rechts selbst gestellt ist.

Aufgabe des Gesetzgebers im internationalen Recht, Sinn allen internationalen Rechtes überhaupt ist es, die räumlichen Grenzen zwischen den Herrschaftsgebieten der nationalen Rechtsordnungen so zu ziehen, daß nirgends Doppelherrschaft und nirgends staatenloses Gebiet entsteht. Das ist die rationalistische Erklärung; in diesem Sinn gefaßt, ist die Aufgabe mehr diplomatisch als juristisch zu nennen. Aber wir haben auch eine tiefere Erklärung: jedes subjektive Recht ist von seiner Entstehung an und durch sie einer bestimmten Rechtsordnung unterworfen; kraft ihrer Geltung allein konnte es entstehen; es gehört ihr viel enger und zwingender an als der Mensch einem Staatsangehörigenverband; dieser ist doch immer Mensch, auch wenn es keinen Staat gibt; jenes aber ist nichts, wenn nicht durch die Rechtsordnung, in die es hineingeboren wird. In diesem Sinn ist die Aufgabe des internationalen Strafrechts, wie jedes internationalen Rechts, darin zu erblicken, daß die richtige Verbindung zwischen dem subjektiven Recht und seiner beherrschenden Rechtsordnung gefunden und festgestellt wird; da kommt man dann zur »Einheit der Anknüpfung«, zu dem Grundsatz, daß in jedem rechtserheblichen Tatbestand ein Element und nur ein Element enthalten ist, dessen räumliche Zugehörigkeit zu einem Staatsgebiet oder Staatsangehörigenverband bestimmende Bedeutung hat für die Herrschaft einer Rechtsordnung über den Tatbestand.

Die Aufgabe in dem erst erwähnten Sinn ist vielfach erkannt und zu lösen versucht worden. In die Reihe dieser Versuche gehören die Thesen des Instituts nach Brochers Vorschlägen [2]). Hier wird nach der

[2]) Vgl. meine eingehende Besprechung in Vgl. Darst. VI, 96 ff.

Aufzählung der drei für zulässig erachteten Kompetenzen: der territorialen, quasiterritorialen und Personalitätskompetenz, gesagt: »Nach diesen Regeln kann die Kompetenz wegen einer Handlung den Gerichten verschiedener Staaten zugleich zustehen; ihre Ausübung sollte für diesen Fall durch diplomatische Verträge geordnet werden, in denen eine gerechte Gegenseitigkeit zu sanktionieren und nach Kräften die Möglichkeit mehrfacher Verfolgung und Bestrafung wegen der gleichen Handlung zu beseitigen wäre.« Aber das ist eben dann kein internationales Strafrecht, sondern internationale Strafvollzugsordnung. Das Recht stellt sich hilflos gegenüber der einstweilen tatsächlich gegebenen Lage, nach der »die Kompetenz wegen einer Handlung den Gerichten verschiedener Staaten zugleich zustehen« kann und nach den einander gegenseitig nicht achtenden Gesetzgebungen der verschiedenen Staaten auch wirklich zusteht. Statt auf den Grund zu gehen und jenen drei zugelassenen Kompetenzgründen ihr Nebeneinandergelten fest zu regeln — so, daß für jeden einzelnen Tatbestand überall nur ein Kompetenzgrund maßgebend wäre — nimmt Brochers Vorschlag dieses Nebeneinander als willkürliche Häufung der Kompetenzgründe an und kommt so dazu, daß er nur noch »nach Kräften« die unabwendbaren Folgen dieses widernatürlichen, das heißt im Rechtssinn widernatürlichen Zustandes zu mildern bestrebt sein kann. Dafür sollen dann internationale Verträge sorgen; in der Tat sind ja auch die einzelnen Gesetzgeber darauf bedacht, Doppelverfolgungen und insbesondere doppelte Strafverbüßung wegen derselben Tat zu vermeiden und zu diesem Zweck eine Berücksichtigung ausländischer Strafgesetze und ausländischen Strafverfahrens vorzuschreiben, die sonst immer als unerträglich, mit dem Wesen eines souveränen Staats unverträglich und dem Ansehen der inländischen Justiz höchst abträglich entschieden abgelehnt wird! Es ist eine schwer begreifliche Schwerfälligkeit, daß man, wennschon diese Rücksicht auf das ausländische Recht doch geübt werden und zuletzt internationale Verträge zur Beseitigung der gröbsten Mißstände geschlossen werden müssen, nicht lieber durch solche Verträge der Ursache dieser Mißstände zu Leibe geht. Einigen sich die Staaten im Grundsatz darüber, welche Anknüpfung für jeden Tatbestand, der überhaupt in ihrem Gesamtverband als strafbare Handlung bewertet wird, die richtige ist, so ist damit allen späteren Schwierigkeiten vorgebeugt. Allerdings unter der Voraussetzung, daß das Auslieferungsrecht dann ebenfalls in sein natürliches Verhältnis zum internationalen Strafrecht gerückt und insbesondere die politischen Erwägungen, die heute noch unser ganzes Auslieferungsrecht beherrschen, den rechtlichen Grundsätzen der räumlichen Gesetzesgeltung untergeordnet werden. Hat man einmal erkannt, daß jeder Tatbestand unter einer Rechtsordnung und nur unter ihr steht, und daß zur Durch-

führung dieses überstaatlichen, weil rechtsnatürlichen Gedankens die Strafgewalten aller Staaten sich in die Hände arbeiten müssen, so folgt, daß jede Verfolgung der strafbaren Handlung nur unter dem einen dafür zuständigen Strafgesetz vor sich gehen kann, daß also der den Täter ergreifende Staat ihn entweder unter Umständen nach fremdem Strafrecht durch seine Gerichte aburteilen lassen oder ihn ohne Rücksicht auf seine Staatsangehörigkeit dem Staat ausliefern muß, dessen Rechtsordnung zuständig ist. Beides verträgt sich mit dem Grundsatz des internationalen Strafrechts, von dem ich ausgehe, gleich gut. Es verträgt sich mit der überstaatlich geltenden und durch ein Rechtsabkommen des Völkerbundes festgestellten Einheit der Anknüpfung, daß die Verfolgung der Handlung der zuerst kommenden Strafgewalt überlassen bleibt, das forum apprehensionis überall als prozessualer Gerichtsstand ersten Ranges anerkannt wird, aber auch die Strafverfolgung in allen Staaten der Weltrechtsgemeinschaft für jede erfolgte Handlung das Gesetz anwendet, unter dessen Herrschaft der Tatbestand kraft seiner richtigen Anknüpfung von Anfang an stand und, ohne Rücksicht auf die Umstände der Verfolgung und Ergreifung oder irgendeiner prozessualen Wendung der Sache, stehenbleibt. Es verträgt sich aber mit der Einheit der Anknüpfung ebenso, daß der Strafverfolgung des Staates, dessen Rechtsordnung zuständig ist, der Täter ausschließlich überlassen bleibt und alle anderen Staaten sich nicht nur zur Hilfe bei der Auffindung des Täters, sondern auch zu seiner Auslieferung an diesen Staat verpflichten. Nur ist zur Durchführung des Grundsatzes, den wir als beherrschenden im ganzen internationalen Recht ansehen, notwendig, daß entweder das eine oder das andere allgemein anerkannt werde: entweder die Aburteilung nach dem allein zuständigen materiellen Strafrecht ohne Rücksicht darauf, ob es inländisches oder ausländisches Recht ist; oder die Auslieferung des Beschuldigten an den Staat, dessen Rechtsordnung für das Delikt zuständig wäre, ohne Rücksicht darauf, ob er Ausländer oder Inländer ist. Zwei politische Willensrichtungen haben auf dem Gebiet des internationalen Strafrechts seit langem die rechtliche Regelung zu lenken gesucht: der Wille, fremdes Strafgesetz vom inländischen Gebiet fernzuhalten, und der Wille, eigene Staatsangehörige nicht an ausländische Strafverfolgung preiszugeben. Für das eine war Mißtrauen gegen die Gerechtigkeit der ausländischen Gesetze, für das andere das Mißtrauen gegen die Gerechtigkeit der ausländischen Richter maßgebend, und wenn dieses Mißtrauen vielleicht am ursprünglichsten und heftigsten bei den selbstgerechten Völkern Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika sich zeigte — ein so wohlwollender und verständiger Schilderer ihres Wesens wie Bryce hat es uns bestätigt —, so wird doch auch kein kontinental-europäischer Staat sich von ähnlichen

Regungen freisprechen können. Die beiden politischen Tendenzen mögen sich bekämpfen; die Staatsgewalten mögen sich darüber klar werden, ob ihnen das eine oder andere Mißtrauen tiefer sitzt, ob sie die Reinhaltung inländischen Gebiets von ausländischem Strafrecht oder die Beschützung ihrer Staatsangehörigen vor fremder Strafgewalt für das höhere Gebot nationaler Selbständigkeit halten. Aber man sehe doch endlich dieses Entweder-Oder ein, wenn man sich nicht auf den Standpunkt stellen will, daß der Gesetzgeber bei der strafrechtlichen Ordnung das Dasein anderer Gesetzgebungsgewalten neben ihm völlig übersehen und sich so verhalten könne (oder gar müsse), als ob außer seinem eigenen Staat nur Negerreiche und staatenlose Gebiete in der Welt lägen. Die beiden Sätze, die in dem Vorschlag Kohlers zu einem Gesetz über internationales Strafrecht (Internationales Strafrecht S. 269) nebeneinanderstehen: »Bei Ausübung der Strafgewalt hat das Gericht die inländischen Strafgesetze anzuwenden«, und »Ein Inländer darf nicht ausgeliefert werden«, sind nach meinem Dafürhalten nicht vereinbar, wenn jenes Gesetz zur Vereinheitlichung der Grenzen zwischen den Strafrechtsordnungen führen soll. Der Gegensatz zur Ansicht Kohlers, in dem ich hier stehe, verpflichtet mich zur sorgfältigsten Nachprüfung meiner früher geäußerten Meinungen.

Bei der »Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts« mußte die Behandlung der räumlichen Geltung unter äußeren Umständen schwer leiden. Nicht nur, daß die eng zusammengewachsenen Stoffe des räumlichen Herrschaftsgebietes der Strafgesetze und des Ortes der strafbaren Handlung, der Lokalisierung des Tatbestands in der Darstellung getrennt und verschiedenen Bearbeitern zugewiesen waren: es war auch das Auslieferungsrecht aus dem Gesamtplan ausgeschieden. Ich habe damals (a. a. O. S. 86, Anm. 1) diese Ausscheidung als eine Art Reinigung des Stoffes willkommen geheißen; davon nehme ich jetzt ein gutes Teil zurück. Nach wie vor scheint es mir richtig, daß das internationale Strafrecht im engeren Sinn, also die Einordnung der Tatbestände in die Gebiete der Rechtsordnungen, unabhängig gehalten werden muß von den politischen Erwägungen, die für Auslieferung, Ausweisung und für das Staatsangehörigenwesen überhaupt bisher vielfach bestimmend gewesen sind. Nach wie vor halte ich es für verkehrt, so vorzugehen, daß man zuerst fragt: wen liefere ich aus, und wen liefere ich nicht aus, um danach dann erst bestimmen zu können: wen strafe ich, und wen strafe ich nicht. Das ist schon deshalb unrichtig, weil durch diese logische Folge der Fragestellung die Personalität, die Maßgeblichkeit der Staatsangehörigkeit des Täters vor allen anderen Anknüpfungen ohne inneren Grund dem internationalen Strafrecht aufgedrängt wird. Aber auf der anderen Seite kann ich nicht aufrechterhalten, daß die Ausscheidung des Aus-

lieferungsrechts aus dem Strafrecht und seine Verweisung zu selbständiger gesetzlicher Regelung ein Vorteil sei.

Kohlers Darstellung des Internationalen Strafrechts hat vor allen anderen das Verdienst, die gegenseitige Durchdringung dieser Materien klargestellt zu haben. Gemeinsam tragen die Sätze des internationalen Strafrechts im engeren Sinn und des Auslieferungsrechts den Gedanken des »stellvertretenden Strafrechts«. (Kohler a. a. O. S. 4 unter IX, S. 28, 29, 72, 167, 187 ff.) Und dieser Gedanke scheint mir wiederum durchaus dem schönen Satz zu dienen, den Kohler in anderem Zusammenhang (a. a. O. S. 108) geschrieben hat, und der über allem internationalen Recht stehen sollte: »Immer muß der Gedanke durchschlagen, daß zwar die Staaten getrennte Staaten sind, daß sie aber ein und derselben Gerechtigkeitsaufgabe dienen sollen.« Entsteht aus den Trümmern der alten Welt ein Bau des Völkerbundes, so dürfen wir hoffen, daß bei seiner Grundsteinlegung dieser Satz den Spruch des deutschen Sprechers bilden wird. Der Völkerbund wird unter den Arbeitsämtern, in denen er wirkt, als eines der bedeutendsten, weil vor die größten und dringendsten Aufgaben gestellten, ein Gesetzgebungsamt haben [3]); seine Aufgabe wird es sein, nicht die Rechte der Völker zu uniformieren, einen ungesunden Zentralismus in der Gesetzgebung zu pflegen, sondern dem wahren Bundesgedanken zum Sieg zu verhelfen, der jedem Glied volle Freiheit und Eigenart läßt, aber die Reibungen und auch die bloßen Trübungen und Unsicherheiten zwischen ihnen beseitigt. Das will auf unserem Gebiet sagen, daß die Richter und Rechtsgelehrten, die sich im Dienst des Völkerbundes zu gemeinsamer Rechtsarbeit zusammenfinden sollen, nicht einen gemeinsamen Weltstrafkodex zu schaffen haben werden, wohl aber ein gemeinsames internationales Strafrecht und Auslieferungsrecht für alle Staaten des Bundes. Sie werden die Aufgabe haben, zunächst die volle Öffentlichkeit der Gesetze vor der ganzen Welt durchzusetzen, an deren Fehlen die Verständigung auch der Männer besten Willens früher so oft gescheitert ist; sie werden im Strafrecht die klare Übersicht darüber gewinnen, welche Tatbestände den Rechtsordnungen der Bundesstaaten als deliktisch gelten; sie werden für jeden dieser Tatbestände die hauptsächliche und darum maßgebende Anknüpfung zum Herrschaftsbereich einer Rechtsordnung finden; sie werden schließlich auch Ansehen genug haben, um als Schiedsrichter in dem politischen Streit der Meinungen entscheiden zu können, von dem ich vorher gesprochen habe, dem Streit darüber, ob das stellvertretende Strafrecht sich im Aburteilen der Auslanddelikte nach ausländischem Recht oder in der

[3]) Vgl. zum Folgenden ausführlicher meine Schrift »Der Völkerbund als Arbeitsgemeinschaft« (1919), besonders S. 17 ff.

Auslieferung des Täters, auch des Inländertäters wegen seiner Auslanddelikte, verwirklichen solle.

Dabei will der Ausdruck: Auslanddelikt allerdings nicht in dem engen, wörtlichen Sinn verstanden sein des im Ausland begangenen Delikts; vielmehr soll er das Delikt bezeichnen, für dessen rechtliche Beurteilung eine ausländische Rechtsordnung zuständig ist, das Delikt, für das einem ausländischen Staat ius puniendi zukommt. Daß das nicht nur der Staat sein kann, in dessen Gebiet der Täter handelte, darüber sind sich Doktrin und Praxis einig. Die Meinungsverschiedenheit, auch zwischen Kohlers Lehre und dem, was ich de lege ferenda für richtig halte, beginnt bei der Frage, welche anderen Grundsätze oder Systeme neben das Territorialprinzip treten sollten; ob zum Universalsystem das Heimats- oder Personalitätssystem, das System der aktiven oder auch passiven Personalität, das sogenannte Realprinzip treten sollte. Kohler lehnt das Realprinzip schlechthin ab; es erscheint ihm »völkerrechtlich wie strafrechtlich verfehlt« und überdies undurchführbar (a. a. O. S. 93—96, insbesondere S. 93 Anm. 2 gegen Rocco, L'oggetto del reato, der zu ähnlichen Ergebnissen wie ich in der Vergl. Darstellung gelangt ist). Das ist schärfster Gegensatz zwischen Kohlers und meiner Auffassung. Auf der anderen Seite stimme ich mit Kohler vollkommen in der Ablehnung des Prinzips der passiven Personalität überein (a. a. O. S. 97; zur Verwirrung der Terminologie vgl. König, Grundzüge des intern. Strafr., 1915, S. 28, im Anschluß an Binding) [4]. Aber so hoch die gelehrte Arbeit dieser Auseinandersetzungen auch zu schätzen ist: sehr viel tiefer als der Streit zwischen den drei oder vier Prinzipien geht doch der Streit um die Frage, ob bei der Festsetzung des räumlichen Geltungsbereichs der Strafgesetze der Staat (oder die gemeinsam vorgehende Staatengruppe) diese Prinzipien in der Anwendung auf einen einzelnen deliktischen Tatbestand häufen kann oder nicht, ob also die Einheit der Anknüpfung als ungeschriebenes Gesetz ebenso über den Vorschriften dieser Grenzregelung steht wie etwa die Achtung vor Treu und Glauben oder das nemo contra factum proprium (Ein Mann, ein Wort) über den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Ich behaupte das. Die scharfe Äußerung, die ich in der Vgl. Darst. VI 314 über den Gesetzgeber getan habe, der zwar im Grund sich allein leiten läßt von dem Willen, unter allen Umständen Sicherheiten für die Zu-

---

[4]) Die förderlichste Einzelschrift des Gebietes: Lehner, Der Rechtsgüterschutz im sogenannten internationalen Strafrecht der Schweiz (Basel 1917), ist wegen des Kriegs nicht zu der Beachtung im Ausland gekommen, die sie verdient. Lehner nimmt scharf gegen die Personalität Stellung und verhält sich überhaupt mit Recht kritisch gegenüber den »Prinzipien«, bietet dafür aber um so gründlichere, auch meiner Darstellung gegenüber manches Neue bringende Darstellung des reichen schweizerischen Gesetzesstoffs.

ständigkeit seiner Strafgewalt über jedes denkbare Delikt zu schaffen, der aber diese ratio seiner Vorschriften doch nicht offen zu bekennen den Mut hat und deshalb auf der einen Seite möglichst viele Begehungsorte für eine Handlung annimmt — darauf hoffend, daß wenigstens einer davon ins Inland falle — und auf der anderen Seite möglichst viele kompetenzbegründende »Prinzipien« häuft — in der Erwartung, daß eins davon wenigstens zur Inlandkompetenz führe —, die scharfe Äußerung, daß solches Verhalten des Gesetzgebers juristisch unanständig sei, hat König a. a. O. S. 69 Anm. 1 mit einem Ausrufungszeichen am Schluß zitiert. Er hätte lieber zwei oder zwanzig Ausrufungszeichen dazu setzen sollen; man kann derartiges gar nicht laut genug sagen. Daß ich das »Unanständige« nicht im geschlechtlichen Sinn, also auch nicht im vulgären Sinn gemeint habe, wird wohl ein erwachsener Leser ohnehin verstehen; ich habe deshalb gesagt: juristisch unanständig, das heißt: es gibt nach meiner Auffassung vom Wesen des Rechts Dinge, die zu tun auch dem Gesetzgeber nicht ansteht, die für ihn unanständig sind. Als politisches Wesen, das sich über oder außer der Sittlichkeit zu stehen dünkt, mag der Staat Kabinettsjustiz üben, Gesetze mit rückwirkender Kraft für einen Einzelfall erlassen, Ausländern den Rechtsschutz vor seinen Gerichten versagen und im internationalen Recht sich die Weltherrschaft sogar für seine Polizeiverordnungen zuschreiben. Aber wenn der Staat als oberster Gerichtsherr solches tut, so sägt er ja doch nur den Ast ab, auf dem er sitzt, oder, feierlicher ausgedrückt, er verliert den Boden unter den Füßen, auf dem er stand: fundamentum regnorum!!

Im internationalen Privatrecht, an dessen Fällen die Lehre von der Einheit der Anknüpfung zuerst entwickelt wurde, steht es dem Staat nicht an zu sagen: Gerecht ist in meinen Augen für die Fälle, in denen ein Mensch das Wesentliche am Tatbestand ist, die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit dieses Menschen; da ich aber meinem Gesetz gern möglichst viele Fälle unterordnen will, so soll da, wo der Mensch als Ausländer im Inland wohnt, statt der Staatsangehörigkeit der Wohnsitz und da, wo er sich nur im Inland aufhält, statt der Staatsangehörigkeit und des Wohnsitzes der Aufenthalt als die gerechte Anknüpfung zwischen Tatbestand und Rechtsordnung gelten. Es steht dem Staat nicht an zu sagen, daß von Rechts wegen ein Grundstück immer dem Gesetz des Landes untersteht, zu dessen Gebiet dieses Stück Grund und Boden gehört, und dann hinzuzufügen: wenn aber ein Inländer ausländische Grundstücke besitzt, so findet auf sie das inländische Recht Anwendung.

Und gleichermaßen im Strafrecht: es steht dem Staat nicht an zu sagen: beim Hausfriedensbruch ist der Ort der Begehung die vornehmliche räumliche Beziehung des Tatbestands, weil der Friede dieses

Ortes gebrochen wurde, — aber wenn im Ausland ein Hausfriedensbruch begangen ist und ein Inländer dabei zu Schaden kam, so herrschen über diesen Tatbestand die inländischen Gesetze, — denn ein inländischer Verletzter ist eben mit seiner Person innerhalb des Tatbestands so sehr viel wichtiger als ein ausländischer. Es steht dem Staat nicht an zu sagen, daß im Tatbestand des Landesverrats die Staatsangehörigkeit des Täters zum verletzten Staat die wesentliche räumliche Beziehung bildet, und sogleich hinzuzufügen, daß jedes Subjekt, dessen Handlung die objektiven Merkmale des Verrats trägt, unter inländisches Strafrecht falle, wenn sich die Handlung gegen das Inland richtete, ohne Ansehen der Staatsangehörigkeit des Täters. Oder endlich im Fall der Beamtendelikte: es wäre nicht nur unredlich, sondern vollkommen unsinnig, wenn zu der räumlichen Verbindung der Beamteneigenschaft mit dem Staat des Beamten im Strafgesetz noch eine andere Kompetenzbegründung hinzugefügt würde.

Das sind ja zum Teil allgemein anerkannte Sätze. Kohler hat gerade für die zuletzt erwähnte Deliktsgruppe die Anwendung des Personalitätsprinzips aufs trefflichste begründet: Die Treupflicht, sagt er (a. a. O. S. 90) bindet den Staatsangehörigen auch im Ausland; er lebt, wo immer in der Welt er sich aufhalte, als Treuverpflichteter und insbesondere als Beamter seinem Staat. »Diese Treupflicht enthält natürlich auch die negative Pflicht, sich aller derjenigen Handlungen zu enthalten, welche den Staat gefährden« — das heißt gerade den Staat, dem die Treue gelten muß — »gefährden oder in seinem Verhältnis zu anderen Staaten mindern könne, also alles dasjenige, was unter dem Begriff des Landesverrats zusammengefaßt wird: in dieser Beziehung ist der Staatsangehörige gebunden, wo immer er sich befindet; ein Staatsangehöriger würde, selbst wenn er sich auf einem andern Planeten befände, doch seiner Treupflicht unterliegen. Verletzt er diese Treupflicht, so hat der Staat ihm gegenüber das ius puniendi; er wird natürlich darüber auch seine gesetzlichen Bestimmungen geben: der Treupflichtige als solcher unterliegt dem Staate sowohl in gesetzgeberischer als auch in organisatorischer Beziehung.« Kohler fügt auch sogleich hinzu, damit sei, von Besonderheiten abgesehen, der Kreis begrenzt, in welchem das Personalitätsprinzip im Strafrecht seine Berechtigung hat; irgendeine andere Verwendung dieses Grundsatzes sei verfehlt. Ich möchte der »aktiven« Personalität gegenüber, von der Kohler an dieser Stelle allein handelt, nicht ganz so streng sein. Mir scheint, daß auch für die Sittlichkeitsdelikte eine Pflicht des Volksangehörigen gegenüber der Heimat, ähnlich jener staatsrechtlichen Treupflicht, bestehe, und daß also die Strafgesetze, in denen unsittliches Handeln bedroht ist, sich an alle Angehörigen des Staates wenden können und ihr Verhalten, wo immer sie sich befänden, zu regeln be-

anspruchen dürften, — so allerdings nur unter der Voraussetzung, daß Staatsangehörigenverband und Volkstum wenigstens im großen und ganzen sich decken[5]). Aber das hindert mich nicht, den Sätzen, die Kohler aufgestellt hat, in ihrem wesentlichen Stück zuzustimmen. Ich möchte nur wünschen, daß ich ihren Sinn richtig verstehe und festhalte, wenn ich den Nachdruck darauf lege, daß nur der Treupflichtstaat seinen Angehörigen und insbesondere seinen Beamten gegenüber das ius puniendi hat. Ich meine, jener andere Planet, auf dem sich

---

[5]) Hierüber kann nur eine Einzeluntersuchung Klarheit schaffen, zu der hier kein Raum ist. Kohler führt a. a. O. S. 91 zwei Beispiele an. 1. Der Geschlechtsverkehr mit einem zwölfjährigen Mädchen in einem Land der Frühreife und des frühen Heiratsalters, begangen von einem Mann, in dessen Heimat die Reife später eintritt und deshalb dieser Umgang mit einer Zwölfjährigen unter Strafdrohung steht. Hier haben wir eigentlich ein Argument für die passive Personalität. Denn die Unsittlichkeit der Handlung ist gegeben durch die mangelnde Geschlechtsreife des Mädchens, nicht durch den Ort, an dem der Verkehr stattfand, und nicht durch irgendwelche besonderen persönlichen Eigenschaften des Mannes. Man nehme die vier Tatbestände: Geschlechtsverkehr eines Nordeuropäers mit einer Nordeuropäerin von 12 Jahren; Geschlechtsverkehr eines Nordeuropäers mit einer Südseeinsulanerin gleichen Alters; Geschlechtsverkehr eines Südseeinsulaners mit einer Nordeuropäerin gleichen Alters; Geschlechtsverkehr desselben mit einer Südseeinsulanerin gleichen Alters. Alle vier Tatbestände in Paris oder Berlin oder Wien verwirklicht. Der gemeine Menschenverstand findet hier unsittlich den ersten und dritten Fall, den zweiten und vierten nicht. Die räumliche Geltung des französischen, deutschen oder österreichischen Strafgesetzes kehrt sich aber daran nicht; sie ist blindlings territorial, und zu einem vernünftigen Schlußergebnis bei Strafverfolgungen des zweiten und vierten Falles kann man nur mit Hilfe von Strafausschließungsgründen des materiellen Rechts, etwa gar mit dem »untauglichen Objekt«, kommen. 2. führt Kohler den Fall der Polygamie an, die ein Angehöriger des Einzelehestaates in einem Land der Vielehe treibt, und bemerkt, wenn etwa der Staat des Begehungsorts »gar zur Steigerung der Bevölkerung Konkubinat oder unehelichen Umgang fördert oder die Polygamie begünstigt, so haben wir nichts hineinzureden, wenn unsere Leute in solchem Staate nach den Gesetzen dieses Staates leben«. Ich meine doch, sofern sie eben wirklich noch »unsere Leute« sind und bleiben, also wohl auch einen gewissen animus revertendi haben und sich zur »deutschen Kolonie« zählen. Wir haben als Staat keinen Grund, die Bevölkerungspolitik à outrance eines fremden Landes dadurch zu fördern, daß wir unsere Ansprüche an den sittlichen standard unserer Volksgenossen herabsetzen oder überhaupt fahren lassen. Indessen gebe ich zu, daß man diesen sittlichen Maßstab ebensogut im Land als im Volk bestehend denken kann, und daß bei dem formal-juristischen Charakter des Staatsangehörigkeitrechtes und bei der Möglichkeit mehrfacher oder gar keiner Staatsangehörigkeit eines Subjekts die Anwendung des Personalitätsprinzips bei den Sittlichkeitsdelikten ihre großen praktischen Schwierigkeiten hat. Ich habe sie früher für die Tierquälerei als eines der wichtigsten Sittlichkeitsdelikte verteidigt und hielte auch jetzt noch die Bestrafung eines Deutschen oder Skandinaviers oder Engländers, der sich an einer Tierschinderei landesüblicher Art in südlicherem Land beteiligt hätte, nach seinem Heimatrecht für durchaus angebracht.

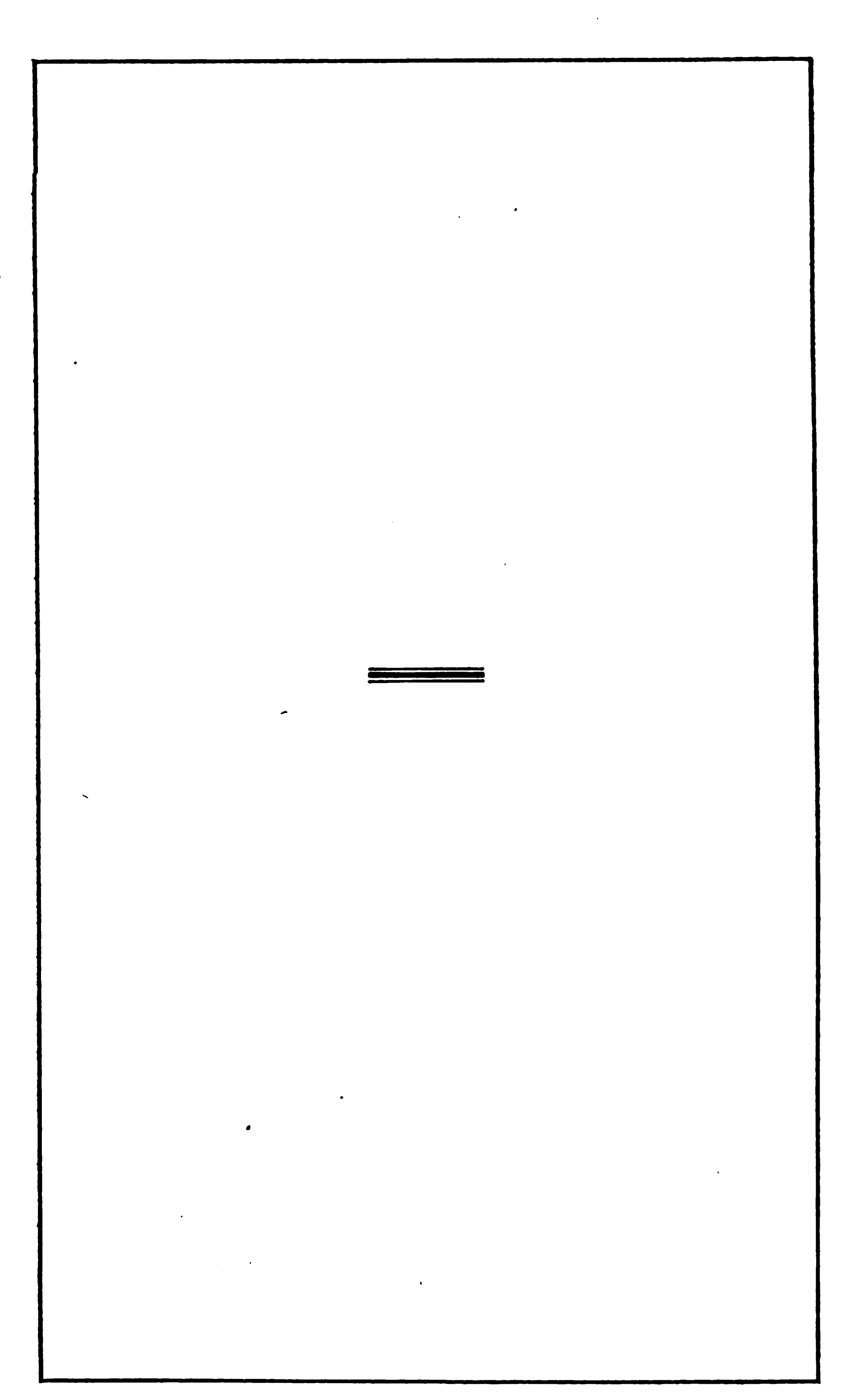
der untreue Beamte zur Zeit der Tat befände, hätte dieses ius puniendi nicht.

Kohler sagt, und auch darin stimme ich ihm bei, daß es eine Überhebung des Inlandes ist, »deswegen, weil der Täter ein Inländer ist, in die Ordnung eines fremden Staates eingreifen und bestimmen zu wollen, daß der Inländer seine Handlungsweise nicht nach den Anschauungen des Staates, in dessen Lebenssphäre er weilt, sondern nach anderen Anschauungen einrichten solle«. Eine Überhebung über die natürlichen Schranken, die der räumlichen Ausdehnung des Strafgesetzes gezogen sind. Ich finde aber die gleiche Überhebung, wenn der Staat des Begehungsortes die Verletzung der Treupflicht eines Ausländers gegenüber seinem Heimatstaat strafen wollte, oder, allgemeiner gesprochen, wenn er sich ein ius puniendi beilegt gegenüber Handlungen, die nur ausländische Rechtsgüter verletzen, nicht seine eigenen.

Kohler hat (a. a. O. S. 93) dagegen geltendgemacht, daß solche Versuche, den Rechtsgütern eine Lage im Raum zuzuweisen und sie dadurch einem Schutzstaat in seine ausschließliche Obhut zu geben, von ganz verkehrter Anschauung ausgingen. Denn »nicht das Rechtsgut, sondern die Rechtsgüterwelt« sei im Strafrecht geschützt. Vergeltung und etwa auch Abschreckung, auf die es im Strafrecht allein anzukommen scheint, hätten nichts mit dem Schutz bestimmter Rechtsgüter zu tun. Vergeltung und Abschreckung seien Mittel des Staates, in dem die Handlung erfolgte, und nur dieses Staates. Das Völkerrecht stehe dem Realprinzip, dem Gedanken der räumlichen Abgrenzung nach der Lage der Rechtsgüter, entgegen, denn nach diesem System müßte der Staat A sich um Handlungen bekümmern, die im Staat B vor sich gegangen sind; und sogar Handlungen, die der Staat B für staatlich geboten hielte, könnten vom Staat A bestraft werden; das brauche und könne aber der Staat B nicht ertragen. Ich meine, dieses völkerrechtliche Argument beweist deshalb zuviel, weil es auch die von Kohler anerkannten und in der Tat gar nicht zu übersehenden Fälle der aktiven Personalität für völkerrechtlich unmöglich erklärt. Wenn Landesverrat, Beamtendelikt und vielleicht noch ein oder das andere Sittlichkeitsverbrechen des Inländers auch bei ausländischer Begehung strafbar sind, so kann man schlechterdings nicht mehr grundsätzlich sagen, daß alle Strafgewalt, alle Bestrafung, die mit ihrem Vergeltungs- und Abschreckungszweck nur dem Staat der Begehung zukommen könne, und jedes ius puniendi gegenüber einer Auslandhandlung ganz aus dem Bereich des Strafgedankens herausfalle und noch dazu völkerrechtswidrig sei. Vielmehr ist es, wenn die aktive Personalität neben der Territorialität einmal als Kompetenzgrund anerkannt ist, nur noch möglich und nötig, die Grenzen für die Anwendung

dieser Prinzipien zu ziehen und dabei unter allen Umständen daran festzuhalten, daß nur das eine oder das andere Prinzip für einen Deliktstatbestand die räumliche Einordnung bestimmen kann.

Vielleicht ist es richtiger, für das Kriterium, das in dieser Abgrenzung gilt, nicht den Ausdruck Realprinzip zu verwenden, also nicht zu sagen: bei den Territorialitätsdelikten ist das geschützte Rechtsgut der öffentliche Friede im Landesgebiet, bei den Personalitätsdelikten die Integrität des Staatsangehörigen- und Beamtenverbandes, der Volksgemeinschaft. Vielleicht ist es richtiger, das nicht zu tun, weil unter dem Namen Realprinzip in der Literatur jene von Kohler mit Recht schärfstens bekämpfte, ungesunde Überspannung des Nationalitätsgefühls, die sogenannte passive Personalität, mitläuft. Aber auf den Namen kommt wenig an, auf die Gerechtigkeit und Reinheit des Gedankens alles. Das ist der Sinn, in dem auch diese Ausführungen unter den festlichen Schriften zu Josef Kohlers Ehrentag ihren Platz finden mögen.



Die relative Strafbarkeit des Mittäters und des Anstifters.

Ein Beitrag zur Lehre von der Selbständigkeit des Teilnehmers und Vorschläge zur Reform des Strafrechts.

Von Staatsanwaltschaftsrat Prof. Dr. K. Klee, Berlin.

Daß der Mittäter und der Anstifter mit der Strafe des Täters zu belegen sind, ist ein Grundsatz, den der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch (VE.) und der »Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission« [1]) (im folgenden kurz KE. = Kommissionsentwurf genannt) aus dem geltenden Strafgesetzbuch übernommen haben. Ausdrücklich wendet die Täterstrafe sowohl auf den Mittäter als den Anstifter allerdings nur der KE. an [2]). Der VE. setzte ausdrücklich nur den Anstifter dem Täter in der Bestrafung gleich (§ 78). Damit ist aber nicht gesagt, daß er von der Gleichbestrafung aller Mittäter abgegangen wäre; sie folgte für ihn vielmehr ohne weiteres aus den Bestimmungen des Besonderen Teils und aus den »allgemeinen Grundsätzen, aus denen sich der Umfang der Haftung des Mittäters ergibt«, und er nahm daher von einer dem § 47 RStGB. entsprechenden Bestimmung Abstand (Begründung S. 303 ff.).

Bei der Gleichbestrafung des Mittäters und des Alleintäters ist der Gedanke maßgebend, daß der Mittäter die Tat des anderen Mittäters als seine eigene will, für seine Zwecke die Kraft des anderen nutzbar macht, mithin auch für den ganzen Erfolg haftet; deshalb bezeichnet Kohler [3]) die Mittäterschaft als eine Art mittelbarer Täterschaft, bei der man selbst mitwirkt. Es wird sich späterhin zeigen, daß die ausschließliche Geltung dieses Gesichtspunkts der Psychologie der Mittäterschaft nicht gerecht wird. Die Androhung derselben Strafe für den Anstifter und den Täter scheint den Verfassern der Entwürfe ebenso wie dem früheren Strafgesetzgeber gleichfalls selbstverständlich zu sein. Während die Begründung zum VE. näher auf das von ihr vertretene Prinzip der milderen Bestrafung der Beihilfe unter Berufung auf vorangegangene Gesetzgebungen und die »deutsche Rechtsüberzeugung« eingeht (S. 301/302), beschränkt sie sich hin-

[1]) Systematisch bearbeitet von Reichsgerichtsrat Dr. L. Ebermayer 1914.
[2]) a. a. O. S. 23; von einer Ausnahme von der Gleichbestrafung des Anstifters und des Täters nach dem KE. wird unten die Rede sein.
[3]) Leitfaden des Strafrechts S. 36.

sichtlich der Anstiftung darauf, zu sagen: ». . . daß die Strafe des Anstifters nach wie vor gleich der des Täters zu bestimmen war, bedarf keiner besonderen Rechtfertigung« (S. 312). Aus dem von den Entwürfen festgehaltenen akzessorischen Charakter der Teilnahme folgt die Gleichbestrafung jedenfalls keineswegs ohne weiteres; denn die Beihilfe wird ja milder bestraft. Eher könnte man den Schluß ziehen, daß das geltende Recht und die lex ferenda die Anstiftung insoweit eben nicht als Teilnahme an fremder Tat, sondern als intellektuelle Urheberschaft auffaßt, wie insbesondere Kohler[4]) meint, dem die Anstiftung nichts anderes als eine besondere Art der mittelbaren Täterschaft ist. Gleichstellung der psychischen und physischen Täterschaft in der Bestrafung wäre unter diesem Gesichtswinkel zu verstehen. Wir werden aber weiter unten sehen, daß es verschiedene Typen der Anstiftung gibt, die Frage ihrer relativen Strafbarkeit daher einheitlicher Lösung widerstrebt.

Vorweg sei sowohl in Ansehung der Mittäterschaft als der Anstiftung bemerkt, daß der Frage ihrer relativen Strafbarkeit praktische Bedeutung nur insoweit beiwohnt, als das Gesetz nur eine einzige Strafart oder bei Anwendbarkeit mehrerer Strafarten ein relativ hohes Mindestmaß für den in Betracht kommenden strafbaren Tatbestand vorsieht. Denn da, wo — entweder wahlweise oder bei Vorhandensein mildernder Umstände — neben der schwereren eine gelindere Strafart mit nicht zu hohem Mindestmaß tritt, ist es dem Richter ohnehin unbenommen, der verschiedenen Strafwürdigkeit der an einer Straftat Beteiligten ausgiebig Rechnung zu tragen: wenn zwei Personen gemeinschaftlich auf Anstiftung eines Dritten eine Unterschlagung oder einen Betrug begehen, so kann das Gericht den einen Mittäter mit Gefängnis, den anderen mit Geldstrafe und ebenso den Anstifter mit der einen oder der anderen Strafart ansehen. Einer ebensolchen Beteiligung an einem Versuch der Verleitung zu einem Meineid (§ 159 StGB.) oder an einer vorsätzlichen Eisenbahntransportgefährdung (§ 315 StGB.) gegenüber z. B. ist der Richter dagegen nur auf die Zuchthausstrafe — an einem Morde (§ 211 StGB.) nur auf die Todesstrafe angewiesen. Auch nach den Entwürfen, die den Richter in der Strafbemessung wesentlich freier stellen, ist keineswegs überall Raum für eine genügend individuelle Berücksichtigung der Strafbarkeit der einzelnen Mittäter und des Anstifters; denn nicht überall stehen mehrere Strafarten mit niedrigem Minimum der gelinderen zur Wahl des Richters, und nicht immer hilft die Strafzumessungsvorschrift für die »besonders leichten Fälle« (§ 83 VE.). Die Beteiligung an einem Morde in der Form der Mittäterschaft und der Anstiftung soll zwar nicht mehr mit der absoluten Todes-

[4]) a. a. O. S. 32, Studien I S. 106 ff.

strafe, wohl aber selbst im gelindesten Falle mit mindestens 10 Jahren Zuchthaus geahndet werden (§ 212 VE., so auch KE. S. 60), an der Aussetzung eines Hilflosen mit der Folge des Todes des Ausgesetzten bzw. »in besonders schweren Fällen« mit mindestens 3 Jahren Zuchthaus (§ 218 Abs. 2 VE., KE. S. 62), an einer Körperverletzung mit tödlichem Ausgang mit mindestens 6 Monaten Gefängnis (§ 230 VE., KE. S. 65), an einem gemeinen Diebstahl mit einem Tage Gefängnis (§ 269 i. V. mit § 1 VE., KE. S. 75) usf. Die Anwendung der Vorschrift des § 83 VE. (KE. S. 24), wonach in »besonders leichten Fällen« das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern, also statt jeder Art der Freiheitsstrafe auf eine mildere Art derselben (Gefängnis statt Zuchthaus, Haft statt Gefängnis), ja sogar auf Geldstrafe oder Verweis erkennen kann, kommt nur in dem letzten der angeführten Beispiele in Frage, da nur hier möglicherweise die Voraussetzung, daß »die (rechtswidrigen) Folgen der Tat unbedeutend sind« (§ 83 Abs. 2 VE., KE. S. 24) vorliegt; und oft wird auch beim gemeinen Diebstahl diese allgemeine Milderungsvorschrift versagen, mithin die einzige Strafe das Gefängnis sein, nicht anders wie im geltenden Recht. Hiernach darf unser Problem das Gewicht praktischer Erheblichkeit gewiß in Anspruch nehmen. Dieses Gewicht in besonderes Licht zu setzen, diene die für die Bestrafung der Beihilfe vom VE. (§ 79) aufgestellte Bestimmung, wonach die Strafe nach den Regeln über den Versuch (§ 76) festzusetzen ist: Hiernach ist die Beihilfe in jedem Falle milder zu bestrafen als die vollendete Tat und kann die Strafe (§ 76 Abs. 2) unter das für die vollendete Handlung angedrohte Mindestmaß herabgesetzt, auch kann auf eine mildere Art der Freiheitsstrafe erkannt und »in besonders leichten Fällen« von Strafe überhaupt abgesehen werden. Der KE. (S. 16, 27) bestimmt, daß auch bei Nichtvorliegen eines »besonders leichten Falles« an Stelle von Zuchthaus auf Gefängnis bis zu gleicher Dauer erkannt werden kann, wobei das Mindestmaß ein Tag Gefängnis ist, streicht aber die Vorschrift, daß, auch wenn ein »besonders leichter Fall« nicht gegeben ist, überhaupt auf eine mildere Art der Freiheitsstrafe erkannt werden kann. Hierdurch würde die Lage des Gehilfen in nicht »besonders leichten« Fällen dem geltenden Recht gegenüber nur insofern verbessert werden, als in der lex lata die Zuchthausstrafe nur im Falle der für möglich erklärten Ermäßigung der Strafe bis auf ein Viertel des Mindestbetrages der Vollendungsstrafe in Gefängnis umzuwandeln ist (§§ 49 Abs. 2, 44 Abs. 4 StGB.). Die dem KE. gegenüber mildere Bestimmung des VE. dürfte daher den Vorzug verdienen.

Soweit die eben erwähnten Bestimmungen eine fakultative Strafmilderung für die Beihilfe vorsehen, sind sie nach der im folgenden näher zu begründenden Ansicht des Verfassers auch für die Teilnahme-

form der Mittäterschaft und einer noch näher zu erörternden bestimmten Art der Anstiftung in Aussicht zu nehmen.

Von dem Standpunkt aus, daß das Interesse des Mittäters und Anstifters an indivudualisierender, der Eigenart ihres Tätigwerdens gerecht werdender Strafbemessung sicherzustellen ist, ist es zunächst zu billigen, daß die Entwürfe es ablehnen, sämtliche Teilnahmeformen, insbesondere Mittäterschaft und Anstiftung, in dem allgemeinen Begriff der »Mitwirkung« an einem Verbrechen mit der Maßgabe, daß die Strafdrohung für alle Mitwirkende dieselbe ist, auf- und untergehen zu lassen. Theoretisch hätte dieser Weg allerdings offengestanden. Geht man nämlich von der herrschenden Kausalitätstheorie aus, daß alle Bedingungen als gleichwertig zu erachten sind, demnach — qualitativ — keine von ihnen mit innerer Berechtigung als »Ursache« herauszuheben ist, eine menschliche Handlung mithin schon dann als Ursache eines verbrecherischen Erfolges betrachtet werden kann und muß, wenn sie auch nur das Geringste zu seiner Verwirklichung beigetragen hat, so bedarf es eigentlich keiner Sonderbestimmungen über die Teilnahme neben den sich auf die Täterschaft beziehenden Satzungen; denn dann sind eben auch die Teilnehmer, die im Vergleich zum Täter mehr oder weniger untergeordnete Bedingungen zum Erfolgseintritt setzen, seine Verursacher, mithin Täter, und zwar selbständige, von der Person des Haupttäters nicht abhängige Täter. Dann müßten allerdings die strafrechtlichen Tatbestände anders gefaßt sein, als sie es sind. Denn, wenn z. B. § 242 StGB. denjenigen, der einem anderen eine fremde bewegliche Sache in der Absicht, sie sich rechtswidrig zuzueignen, wegnimmt, wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft, so ist kein Zweifel daran möglich, daß von dieser Strafdrohung eben nur der Täter betroffen ist. Sollten auch Gehilfe, Mittäter und Anstifter darunter fallen, so müßte, wenn im Allgemeinen Teil Vorschriften für diese Teilnahmeformen fehlten, es etwa heißen: »Wer bewirkt oder dazu mitwirkt, daß einem anderen . . . weggenommen wird.« In der Tat lautet die Fassung der Tatbestände so im Norwegischen Strafgesetzbuch von 1902, das als einziges neueres Strafgesetzbuch die volle strafrechtliche Selbständigkeit (»Verselbständigung«, um mit der Begründung zum VE. zu reden) des Teilnehmers durchführt, indem es ihn unmittelbar zum rechtswidrigen Erfolge in Beziehung setzt, ihn als Täter im weiteren Sinne des Wortes betrachtet. Dasselbe Ergebnis könnte allerdings auch dadurch erzielt werden, daß zwar die alte, von der eigentlichen Täterschaft ausgehende Fassung der Tatbestände beibehalten, diese im Allgemeinen Teil aber auch auf den Mittäter, Gehilfen und Anstifter bezogen werden. Daß eine solche Tatbestandsfassung dem volkstümlichen Verständnis entgegenkäme, könnte jedoch nicht behauptet werden, so daß wir an sich

der norwegischen Fassung den Vorzug geben. Der Verfasser des Norwegischen Strafgesetzbuchs hat auf der anderen Seite aber nicht verkannt, daß die Eigenart der Mitwirkung an der Herbeiführung des rechtsverletzenden Erfolges in den Formen der Teilnahme der Täterschaft gegenüber in der einheitlichen Strafbemessung nicht genügend zu ihrem Rechte kommt, und hat daher davon abgesehen, notwendig und in allen Fällen die Teilnehmer derselben Strafdrohung wie den Täter im eigentlichen Sinne zu unterwerfen[4a]); vielmehr gibt § 58 des Allgemeinen Teils unter bestimmten Voraussetzungen die Befugnis zur Milderung der Strafe hinsichtlich aller Mitwirkenden, also auch des eigentlichen Täters selbst: »Haben mehrere zu einem strafbaren Zwecke zusammengewirkt, und ist die Mitwirkung eines einzelnen entweder im wesentlichen durch seine Abhängigkeit von einem anderen der Beteiligten veranlaßt worden oder im Verhältnis zu den anderen von geringer Bedeutung gewesen, so kann in Hinsicht seiner die Strafe unter das angedrohte Mindestmaß oder auf eine mildere Strafart herabgesetzt werden. Wo nach sonstigen Regeln Geldstrafe verhängt werden könnte sowie bei Übertretungen kann die Strafe ganz fortfallen.« Die Begründung zum VE. (S. 308) billigt diesen Weg, »die aus der Gesetzesanwendung sich ergebenden Härten zu beseitigen«, nicht: Es hieße dies dem Richter die Aufgabe des Gesetzgebers übertragen und die Bestrafung des Teilnehmers im wesentlichen von seinem Ermessen abhängig machen, also großer Ungleichmäßigkeit überliefern. Die Berechtigung dieses Einwandes will uns zweifelhaft erscheinen, hat doch der Entwurf selbst in dem von den »besonders leichten Fällen« handelnden § 83 in noch viel weiterem Umfange das freie Strafmilderungsrecht des Richters anerkannt: es gilt hier in Ansehung sämtlicher strafbarer Handlungen und selbstverständlich auch hinsichtlich aller Teilnahmeformen. Wenn auch die Grenzen des »besonders leichten Falles« umschrieben sind, so bleibt noch genug Spielraum für das richterliche Ermessen. Dasselbe gilt von den entsprechenden Bestimmungen über die Strafzumessung beim Versuch (§ 76). Besonders aber gilt dies für die doch vom VE. selbst für die Teilnahmeform der Beihilfe in §§ 79, 76 aufgestellten, oben angeführten besonderen Strafzumessungsregeln. Wir können uns den Hauptgrund, welchen die Motive zum VE. (S. 308) für die Beibehaltung des akzessorischen Charakters der Teilnahme ins Feld führen, daß nämlich eine Verselbständigung des Teilnehmers, seine Loslösung von der Schuld des Täters nicht zu »gerechten« Strafergebnissen führen würde, nicht aneignen, wir sind vielmehr, im Gegen-

[4a]) Wie dies Högel Z Bd. 37 S. 653 befürwortet.

satz zu Birkmeyer, der die Verschmelzung der Teilnahme mit der Täterschaft eine »unnatürliche« nennt [4b]), davon überzeugt, daß nur, wenn der sogenannte Teilnehmer in unmittelbare Beziehung zu dem rechtsverletzenden Erfolge gesetzt wird, das Maß seiner Strafwürdigkeit rein zur Geltung kommt.

Auch die geschichtliche Entwicklung ging lange Zeit dahin, den Teilnehmer als selbständigen Mitverursacher zu betrachten.

Die Formel der Römer lautete [5]): ». . . cuius ope consiliove . . . cuius dolo malo id factum erit.« Die Teilnehmer sind »in eadem causa obnoxii, unius facinoris rei«, Anstifter und Gehilfe »causam dat criminis«.

Während von den Glossatoren Bartolus [6]) sagt: »Praestans opem dicitur teneri accessorie, quia factum accedit facto«, tritt Baldus [7]) für die prinzipale Haftung des Teilnehmers ein: Nach ihm soll jeder Teilnehmer so bestraft werden, als hätte er die Tat selbst begangen. — Die italienische Doktrin [8]) spricht von »auxilium delicto praestitum«, von »participes delicti«. Nach der von Farinacius [9]) als »verior« bezeichneten communis opinio wird der Gehilfe mit derselben Strafe wie der delinquens belegt, sofern er auxilium praestat in delicto. Menochius [10]) wahrt dem »consultor« gegenüber dem geisteskranken Täter die Selbständigkeit: »punitur . . . etiam si liberetur ipse furiosus.« Carpzov [11]) spricht von »socius et conscius criminis« und stellt bezüglich der auxilium cooperativum leistenden Gehilfen den Satz auf: »quasi ipsimet factum committunt.«

Die gemeinrechtliche Doktrin faßt Täterschaft und Teilnahme in dem Begriff »concursus plurium ad idem delictum« zusammen. Böhmer [12]) definiert die Teilnehmer als diejenigen »qui sunt causa delicti, eius consummationem quocunque modo producunt«. Kreß [13]) spricht vom Gehilfen als der »concaussa« der Tat. Desgleichen sieht Feuerbach [14]) im Gehilfen die »Nebenursache« des Verbrechens: Der »socius delicti«

[4b]) Rechtsvergl. Darstellung des deutschen und ausländ. Strafrechts. Allgemeiner Teil. Bd. II S. 132.

[5]) l. 1 Dig. 48, 9, l. 4 u. l. 10 Dig. 48, 4.

[6]) ad l. 36 Dig. 47, 2 summ. 1.

[7]) ad l. non ideo minus C. IX 2 n. 19.

[8]) I. Clarus, Sent. lib. V § Fin. qu. 90; Farinacius, variar. quaest. Lib. IV tit. 15 qu. 129 n. 35; qu. 130 n. 37.

[9]) loc. cit. qu. 131 n. 1.

[10]) de arbitr. iudic. Lib. II cas. 351 n. 14, 15.

[11]) Pract. II qu. 87 n. 16.

[12]) Elem. iurisprud. crim. Sect. I § 37; Medit. in CCC ad art. 177 sect. II § 25.

[13]) Commentat. succincta ad art. 177 CCC.

[14]) Lehrb. d. peinl. R. 14. Aufl. § 45.



begeht Handlungen, »welche, zwar für sich betrachtet, das Verbrechen nicht hervorbringen, aber . . . zu dessen Entstehung mit beitragen«.

Der neueren, mit dem Preußischen Strafgesetzbuch von 1851 einsetzenden Gesetzgebung war es vorbehalten, die strafrechtliche Abhängigkeit des Gehilfen und Anstifters von der Person des Haupttäters als Axiom aufzustellen und dabei die natürliche unmittelbare Beziehung dieser Personen zum rechtswidrigen Erfolge aus den Augen zu verlieren. Erst die jüngste Gesetzgebung des Reiches weist Ansätze zu einer Beseitigung des Unterschiedes zwischen Täterschaft und Teilnahme auf. So belegt das Gesetz, betreffend die Bestrafung des Sklavenhandels und Sklavenraubes vom 28. Juli 1895 jede »Mitwirkung an einem auf Sklavenraub gerichteten Unternehmen« mit derselben Strafe, desgleichen § 45 des Gesetzes über das Auswanderungswesen vom 9. Juni 1897, und § 48 desselben Gesetzes droht gegen vorsätzliche Beförderung der Auswanderung einer Frauensperson zu unzüchtigen Zwecken dieselbe Strafe wie gegen die Verleitung zur Auswanderung an. Namentlich aber stellt das BGB. in § 830 Täter und Teilnehmer hinsichtlich der Schadenshaftung völlig gleich [15]).

Es ist kaum zu erwarten, daß das künftige deutsche Strafgesetzbuch seinerseits den zerschnittenen Faden der geschichtlichen Entwicklung wieder aufnehmen wird [15a]); auch der von Binding [16]) vorgeschlagene, von der Begründung zum VE. (S. 309) abgelehnte Weg, die Anstiftung in Täterschaft und Urheberschaft zu zerschlagen, wird mit Rücksicht auf seine Kompliziertheit kaum begangen werden. Praktisch erledigt sich die scharfe Scheidung, die Binding hier vornimmt, freilich dadurch, daß er selbst die Strafe des Urhebers der des mittelbaren Täters gleichsetzen will. Einfacher und folgerechter will es uns scheinen, mit dem Norwegischen Strafgesetzbuch Täterschaft und Anstiftung zusammen in dem allgemeinen Begriff der Urheberschaft (Verursachung) aufgehen zu lassen. Da die Entwürfe aber diese letztere Vereinfachung ablehnen, sozusagen aus populär-technischen Gründen, so wollen wir uns damit abfinden, daß es bei den Figuren der Mittäterschaft, Beihilfe, Anstiftung sein Bewenden behalten wird, und wir wollen nicht verkennen — und dies ist die Hauptsache —, daß es gleichwohl nicht notwendig sein wird, auf die strafrechtliche Selbständigkeit dieser Teilnahmeformen sowohl in der Schuld- als in der Straffrage zu verzichten. Hat

[15]) Wenn § 243 Ziff. 6 RStGB. von der »Mitwirkung« mehrerer zum Bandendiebstahl spricht, so genügt zwar jede Art von Mitwirkung, aber mit der herrschenden Meinung ist anzunehmen, daß die Strafe des Gehilfen auch hier zu ermäßigen ist. Vgl. Frank, Komm. zu Ziff. 6 des § 243.

[15a]) Daß die gemeinrechtl. Urhebertheorie »überwunden« sein soll (Wachenfeld Z. 40 S. 35), können wir nicht zugeben.

[16]) Gerichtssaal 71 1 ff.



doch unser geltendes Recht und haben doch mehr noch die Entwürfe den »grundsätzlich« festgehaltenen akzessorischen Charakter der Teilnahme in wesentlichen Beziehungen aufgegeben und durchbrochen. Leitend war hierbei der Gedanke, daß, wenn der Teilnehmer zunächst auch unter denselben Strafrahmen gestellt wird, er doch letzten Endes das Maß seiner Strafe in sich selbst trägt, ebenso wie andererseits auch seine Schuld nicht durchaus abhängig ist von der Schuld des Haupttäters. Die Entwürfe weisen in dieser Beziehung einen erheblichen Fortschritt gegenüber dem geltenden Recht auf, und die Forderung einer größeren richterlichen Straffreiheit für Mittäter und Anstifter deckt sich zu einem guten Teil mit der Forderung eines weiteren Ausbaues des in Rede stehenden Fortschritts. Eine nähere Betrachtung der in Frage kommenden Vorschriften des geltenden und der Vorschläge zum künftigen Recht führt von selbst zur Erkenntnis der bestehenden Lücken und zu ihrer Ausfüllung.

Der VE. dehnt die Anwendung der Satzung des § 50 StGB., die auf die straferhöhenden und -mindernden persönlichen Verhältnisse beschränkt ist, aus auf die strafausschließenden Umstände, so daß das unbefriedigende, nach geltendem Recht, wie wenigstens das Reichsgericht (Entsch. **11** 56, **21** 14) annimmt, notwendige Ergebnis der Freisprechung des Gehilfen und des Anstifters eines Geisteskranken vermieden werden würde. Die Kommission bestimmte in erster Lesung, daß es weder beim Mittäter noch beim Anstifter oder Gehilfen darauf ankommen soll, ob der andere Mittäter oder der Täter schuldhaft handelte. In zweiter Lesung wurde diese Bestimmung unter Beschränkung auf Anstiftung und Beihilfe dahin gefaßt, daß der Anstifter und der Gehilfe auch dann strafbar sein sollen, wenn sich nachträglich ergibt oder der Gehilfe auch schon von Anfang an weiß, daß der Täter nicht vorsätzlich oder wegen fehlender Zurechnungsfähigkeit, wegen jugendlichen Alters oder wegen Taubstummheit nicht schuldhaft gehandelt hat. Der § 80 VE. wurde dahin ergänzt, daß, soweit besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit begründen, der mittelbare Täter, Anstifter und Gehilfe auch dann strafbar sind, wenn diese Umstände in ihrer Person nicht vorliegen. Hierbei ist gedacht an die delicta propria, also insbesondere an die »reinen« Amtsvergehen, die von einem Nichtbeamten nicht begangen werden können, die Militärverbrechen, Blutschande, die nur ein Verwandter oder Verschwägerter, Notzucht, die nur ein Mann unmittelbar begehen kann, die Eidesverbrechen des Zeugen. De lege lata ist die Strafbarkeit der Teilnahme und die rechtliche Möglichkeit mittelbarer Täterschaft hier bestritten. Nach herrschender Ansicht ist wenigstens strafbare Teilnahme zu bejahen: der akzessorische Charakter der Teilnahme greift mangels Erwähnung der die Strafbarkeit begründenden Eigenschaften

in § 50 StGB. ohne weiteres durch [17]). Kohler [18]), Olshausen [19]) u. a. dagegen stellen den Satz auf, daß, wer als unmittelbarer Täter die Straftat nicht begehen könne, auch als Anstifter oder mittelbarer Täter nicht zur Rechenschaft gezogen werden dürfe. Die Kohlersche Ansicht ist eine Folge seiner Auffassung der Anstiftung als einer Art mittelbarer Täterschaft. Es fragt sich nur, ob eben die mittelbare Täterschaft in den hier in Rede stehenden Beziehungen der unmittelbaren gleichzustellen ist. Gerade, weil der Täter die Tat nicht eigenhändig, nicht persönlich begehen kann, bedient er sich eines anderen als Werkzeugs, und ein Strafrecht, das solcher Betätigung verbrecherischen Triebes gegenüber versagt, ist sicherlich lückenhaft. Es ist daher zu begrüßen, wenn der KE. die de lege lata bestehenden Zweifel in positivem Sinne löst, indem er, wenn die strafbegründenden Eigenschaften in der Person des Täters erfüllt sind, dies für die Strafbarkeit des Teilnehmers und des mittelbaren Täters genügen läßt. Doch soll — und dies ist der erste Ansatz zu einer grundsätzlichen Sonderbehandlung dieser Kategorien auch hinsichtlich der Strafbemessung — die Strafe des mittelbaren Täters und des Anstifters nach den oben mitgeteilten Grundsätzen über die Bestrafung der Beihilfe gemildert werden können. Hierauf wird noch des näheren zurückzukommen sein. Man könnte sagen, indem der KE. die Bestrafung der Teilnahme an den delicta propria sicherstellt, tut er nichts anderes, als daß er die regelmäßige Wirkung des akzessorischen Charakters der Teilnahme zur Geltung bringt. Der KE. erklärt aber auch die mittelbare Täterschaft hinsichtlich der delicta propria für strafbar. Er gibt damit zu erkennen, daß der maßgebende Gesichtspunkt für die Strafbarkeitserklärung der Teilnahme an den delicta propria nicht die akzessorische Natur der Teilnahme war, sondern im Gegenteil die Anerkennung einer selbständigen geistigen Beziehung des »Teilnehmers« zu der Verwirklichung des rechtsverletzenden Erfolges. Diese geistige Beziehung zu retten, dient die oben wiedergegebene Bestimmung des KE., daß der Teilnehmer, insbesondere der Anstifter, auch dann strafbar bleibt, wenn er irrtümlich den Täter für voll verantwortlich hält, und in Ergänzung dessen bestimmt der KE. weiter, daß der mittelbare Täter auch dann strafbar bleibt, wenn er irrtümlich annahm, der andere handele nicht vorsätzlich oder nicht schuldhaft, sich nachträglich aber ergibt, daß dieser die strafbare Handlung vorsätzlich begangen und schuldhaft gehandelt hat. Die Hauptsache ist hier wie dort, daß jemand, der durch erfolgreiche Einwirkung auf einen anderen Willen seine Kraft

[17]) v. Liszt, Lehrbuch § 53, Entsch. des RG. 28 100.
[18]) Leitfaden S. 34.
[19]) I. Teil 3. Abschn. 5.

in den Dienst der Verwirklichung eines einen Rechtsbruch enthaltenden Erfolges gestellt hat, nicht deshalb ungestraft ausgehen soll, weil zufällig die Art und Weise dieser Verwirklichung von seiner Vorstellung abweicht. Es liegt hier gerade so, als wenn jemand als unmittelbarer Täter vorsätzlich auf einen bestimmten Erfolg hinarbeitet, der eintritt, jedoch durch einen Kausalverlauf herbeigeführt wird, der zwar von dem vorgestellten abweicht, aber nicht so erheblich abweicht, daß hierdurch die Zurechnung zum Vorsatz entfiele. (Der Wilderer richtet z. B. in Tötungsabsicht das geladene und gespannte Gewehr auf den Förster; er ist im Begriff, abzudrücken, da springt der Förster, um sich vor der Kugel zu retten, zur Seite, fällt in einen Abgrund und gelangt auf diese Weise zu Tode.) Wir haben es hier mit einem Anwendungsfall des von Kohler erst in allerjüngster Zeit [20]) großzügig durchgeführten Prinzips der Äquivalenz im Strafrecht zu tun, das der Autor dahin ausdrückt: »Der Verbrecher ist auch dann wegen vollendeten Delikts zu bestrafen, wenn die Ausführung nicht vollkommen zu dem Bilde in der Seele des Verbrechers stimmt, vorausgesetzt nur, daß sie, diesem Bilde gegenüber, als »Gleichwert« (Äquivalent) erscheint.

Aber auch, soweit nach wie vor die durch besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse bedingte größere oder geringere Strafbarkeit auf denjenigen Teilnehmer (im weitesten Sinne des Wortes) beschränkt bleiben soll, bei dem »sie«, wie § 80 VE. sagt oder, wie § 50 StGB. sich ausdrückt, »diese besonderen Tatumstände« vorliegen, will es uns vom Standpunkt des praktischen Bedürfnisses angezeigt erscheinen, auch hier durch eine von den Entwürfen stillschweigend abgelehnte allgemeine Fassung des Gesetzes dem von den Motiven des StGB. betonten Willen des Gesetzgebers, daß ein jeder der Teilnehmer nach Maßgabe seiner Verschuldung, wie sie sich nach seiner Tätigkeit und seinen Verhältnissengestalte, bestraft werden solle, mehr gerecht zu werden, als dies bisher nach dem auf die »persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse« abstellenden Wortlaut des § 50 möglich ist. Bekanntlich ist es bestritten, was alles zu diesen »persönlichen« Eigenschaften gehört; die Praxis des Reichsgerichts (vgl. namentlich Entsch. **25** 266 hinsichtlich der Gewohnheitsmäßigkeit und Gewerbsmäßigkeit) neigt zu weitherziger Auslegung. Immerhin hält die Theorie daran fest, daß zum Begriff der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse etwas Dauerndes, Zuständliches gehört [21]). Die Streitfrage, die auf den von den Glossatoren ausgebildeten Begriff der »qualitates aggravantes et mitigantes« und deren Einteilung in qualitates personae und qualitates

---

[20]) In diesem Archiv **66** 97 ff.
[21]) Vgl. insbesondere Frank zu § 50.

delicto cohaerentes zurückgeht, dann von der französischen Theorie des 19. Jahrhunderts mit ihrer Unterscheidung der circonstances intrinsèques (»partie du crime même«) und circonstances extrinsèques qui dérivent de la qualité personnelle [22]) aufgegriffen wird, um dann später von der preußisch-deutschen Strafgesetzgebung — nicht gelöst zu werden, bedarf der Beilegung im künftigen Deutschen Strafgesetzbuch in einem der strafrechtlichen Selbständigkeit der Teilnehmer voll Rechnung tragenden Sinne. In Verwertung des von § 50 in zweiter Linie gebrauchten Ausdrucks wäre am einfachsten von »besonderen Tatumständen« zu sprechen, die nur demjenigen Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, Gehilfen) zuzurechnen sind, bei welchem sie vorliegen. Dann würde es auch möglich sein, ohne Schwierigkeit eine befriedigende Beantwortung der Frage zu finden, ob bei der Tötung das Moment der Überlegung etwa ohne weiteres, wenn es beim Täter vorliegt, auch die Strafbarkeit des Teilnehmers erhöht, ganz gleich, ob es auch bei ihm erfüllt ist; umgekehrt, ob die beim Teilnehmer vorhandene Überlegung ihn der Strafe des Mordparagraphen ausliefert, auch wenn der Täter mangels vorhandener Überlegung nur als Totschläger anzusehen ist. De lege lata wird die »Überlegung« von der herrschenden Meinung [23]) nicht als »persönliche Eigenschaft« oder »persönliches Verhältnis« angesehen, infolgedessen die Bestrafung des Anstifters und Gehilfen, ob der Täter nun Mörder oder bloß Totschläger ist, in jedem Falle dem akzessorischen Prinzip unterworfen, ohne daß das Vorhandensein oder die Abwesenheit der Überlegung beim Anstifter oder Gehilfen irgendeine Rolle spielte. Nach einer abweichenden Meinung ist, wenn der Haupttäter mit Überlegung handelt, dies den Teilnehmern nur dann anzurechnen, wenn sie darum wissen. Mit Recht setzt Frank dieser von ihm selbst in früheren Auflagen seines Kommentars vertretenen Ansicht entgegen, daß z. B. der Anstifter kaum wissen kann, ob der Haupttäter die Tötung mit oder ohne Überlegung ausführen wird. In der neuesten Auflage nun spricht sich Frank dafür aus, daß, wenn die Haupttat ein Totschlag ist, alle Teilnehmer daran wegen Teilnahme am Totschlag zu bestrafen seien, auch wenn sie mit Überlegung gehandelt haben; dies folge aus der Akzessorietät der Teilnahme. Sei dagegen die Haupttat ein Mord, so seien diejenigen Teilnehmer, welche ohne Überlegung gehandelt haben, nach dem für den Totschlag geltenden Strafrahmen zu beurteilen; denn dazu dränge die Analogie nach § 50, die ja in diesem Falle angewendet werden dürfe, weil sie eine Milderung zur Folge habe. Daß die hier in Rede stehende Frage für Täter und Mittäter persönlich zu beantworten sei, ist herrschende Meinung. Liegt hier nach Reichsgericht (Rechtspr. 5 287) auch Mittäterschaft

---

[22]) Vgl. Hélie, Théorie du code pénal S. 123 f.
[23]) Vgl. zum folgenden Frank zu § 211 II (11.—14. Aufl., S. 372).

im technischen Sinne des § 47 vor, so hat die »Gemeinschaftlichkeit« der Ausführung doch nicht zur Folge, daß der infolge Mangels der Überlegung an sich weniger strafbare Mittäter der schwereren Strafe verfällt. Denn wie soll er genau wissen können, was bei der Ausführung der Tat — in dem allein maßgebenden Stadium — in der Seele des Genossen vorgeht? Nicht nur für den Mittäter, sondern überhaupt für jeden Beteiligten wollten schon Berner[24]) und Hälschner[25]) das Moment der Überlegung besonders geprüft wissen, trotz der nach ihrer Auffassung hier nicht durchschlagenden »Akzessorietät« der Teilnahme. Diese an sich Beifall verdienende Abweichung von der herrschenden Meinung führt aber weder nach StGB. noch nach VE., welche beide für die Frage, ob Mord oder Totschlag vorliegt, entscheidend sein lassen, ob im Augenblicke der Ausführung der Tat Überlegung vorhanden ist, zu brauchbaren Ergebnissen, wenigstens nicht, was den Anstifter und den bei der Ausführung selbst nicht mitwirkenden Gehilfen betrifft. Denn, wenn diese Teilnehmer, die das Opfer des zu begehenden Verbrechens nicht vor Augen haben, auch mit Überlegung den verbrecherischen Entschluß im Haupttäter erregen oder etwa stärken, so ist in ihrer Person doch nicht das Moment erfüllt, worin das StGB. ebenso wie der VE. den Grund für die Auszeichnung der Handlung als »Mord« erblickt, nämlich das Moment, daß angesichts des in handgreiflicher Nähe vor dem die Tötung Ausführenden befindlichen Opfers des Verbrechens die Ruhe des Geistes bei dem Handelnden noch so groß ist, daß die dem furchtbaren Entschluß entgegenstehenden Motive noch ihre Wirkung entfalten können und gleichwohl der Wille zum Morde nicht ins Wanken gerät. Es wäre daher kein der ratio legis entsprechendes Ergebnis, den Anstifter, der den Haupttäter mit Überlegung zur Tötung bestimmt hat, mit der Strafe des Mordes auch dann zu belegen, wenn der Haupttäter nur einen Totschlag begeht. Ganz anders vom Standpunkt des KE.[26]), der das Erfordernis der Überlegung nicht mehr allein mit der »Ausführung«, wie bisher, sondern mit der Tat als Ganzes verbinden will. In Zukunft sollen auch solche Tötungsfälle als Mord strafbar sein, in denen nur der Entschluß zur Tat mit Überlegung gefaßt ist. Diese Gleichstellung der Zeit der Fassung des Tötungsplans mit der Zeit seiner Verwirklichung in Ansehung des Momentes der Überlegung rechtfertigt, ja erfordert die gesetzliche Regelung, daß es für die Bestrafung des Teilnehmers wegen Totschlags oder wegen Mords allein darauf ankommt, ob der Teilnehmer seinerseits mit Überlegung gehandelt hat, und diese Regelung würde ohne weiteres damit gegeben

[24]) Lehrbuch d. deutschen StR. 18. Aufl., S. 516.
[25]) Das gem. deutsche StR. 2 439.
[26]) a. a. O. S. 60.

sein, daß an Stelle der Worte »persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse« nach obigem Vorschlag die Worte »besondere Umstände« treten.

Vor allem aber ist ein Ausbau des Gedankens der strafrechtlichen Selbständigkeit des Teilnehmers in Ansehung der Strafzumessung, und zwar auch, soweit diese nicht durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze des § 50 StGB. berührt wird, notwendig. Diese Notwendigkeit ist eine innere, sich aus dem wesentlichen Verhältnis der Mittäterschaft zur Beihilfe einerseits und der Anstiftung zur mittelbaren und unmittelbaren Täterschaft andererseits ergebende.

Was zunächst Mittäterschaft und Beihilfe betrifft, so vertreten sowohl die objektive als die subjektive Theorie den Standpunkt einer wesentlichen Verschiedenheit beider Teilnahmeformen. Daß diese wesentliche Verschiedenheit, soweit ihr der objektive Maßstab zugrunde gelegt wird, nicht scharf zu bestimmen ist, vielmehr auf Ziehung einer recht flüssigen Grenze hinausläuft, ist jedem Praktiker geläufig. Denn, wie soll der von der objektiven Theorie in den entscheidenden Mittelpunkt gestellte Begriff »ausführen« (§ 47 StGB.) abgegrenzt werden, vor allem bei den Delikten, die sich nicht in einzelne Tatbestandsmerkmale auflösen lassen, und bei denen die Ausführungshandlung nicht mit einer bertimmten, fest umgrenzten Handlung zusammenfällt, wie z. B. beim Diebstahl mit der »Wegnahme«, bei denen vielmehr die Herbeiführung des verletzenden Erfolges auf den verschiedensten Wegen, mit den mannigfachsten Mitteln möglich ist, wie z. B. bei der Tötung! Führt bloß der, der dem Opfer den tödlichen Dolchstich versetzt, oder auch der andere, der es zu diesem Behufe festhält, die Handlung aus? Während Frank[26a]) die Frage in letzterem Sinne beantwortet, indem er zur Mittäterschaft die Vornahme einer Handlung verlangt, aber auch für hinreichend erklärt, die einen Anfang der Ausführung, so wie er ihn versteht, enthält, also einen Tätigkeitsakt, der vermöge seiner notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteil erscheint, läßt Birkmeyer[27]) als »Ausführung« nur die Vornahme einer Tatbestandshandlung gelten, und wo eine solche nicht scharf umschrieben werden kann, verlangt er, daß der Täter die Ursache, das heißt die wirksamste Bedingung zum Erfolge setzt: Hiernach ist also der, der das Opfer wehrlos macht und dem anderen dadurch ermöglicht, daß er ihm den Todesstoß versetzt, nicht Mittäter, sondern nur Gehilfe. Mit Recht hat sich die Praxis gegen die Birkmeyersche Lehre aufgelehnt, in der richtigen Erkenntnis, daß häufig gerade die größere verbrecherische Willens-

---

[26a]) Anm. II zu § 47, II 2b zu § 43, 11—14 A.

[27]) Die Lehre von der Teilnahme S. 98.



kraft sich mehr im Hintergrunde hält und nicht die wirksamste, sondern eine weniger wirksame Bedingung setzt. Wie oft begnügt sich der schwer vorbestrafte Dieb mit der weniger auffallenden, weniger gefährlichen Rolle des Aufpassers, während der Anfänger nach seiner Regie das Schloß aufbricht und den Raub ihm zuträgt. Dem praktischen Richter will es nicht einleuchten, daß hier an sich eine geringere Strafbarkeit des Aufpassers eintreten soll. Es ist sicher ein Vorzug der subjektiven Theorie gegenüber dieser, ihr Werturteil auf die äußere Erscheinung gründenden objektiven Anschauung, daß sie das entscheidende Gewicht auf die innere Beziehung des Mitwirkenden zum Taterfolg legt, fragt, ob der Aufpasser die Gesamttat als eigene, in seinem eigenen oder in fremdem Interesse gewollt hat, und ihn je nachdem als Mittäter oder Gehilfen erklärt. Allerdings kann auch die subjektive Theorie über das Ziel hinausschießen: das Reichsgericht fordert zwar zur Mittäterschaft außer dem animus auctoris wenigstens die Mitwirkung im Augenblicke der Ausführung der Tat (**14** 28; **15** 295; **26** 345; **28** 304), legt aber auf das Maß dieser Mitwirkung keinerlei Gewicht; es begnügt sich (**23** 351) mit der »bereiten Assistenz«, der »intellektuellen Unterstützung« (**28** 305). Überwiegend sind sogar die Urteile, in denen nicht einmal eine solche, wenn auch noch so untergeordnete Mitwirkung bei der Ausführung gefordert, vielmehr bei vorhandenem animus auctoris die Vornahme irgendeiner bloßen Vorbereitungshandlung für ausreichend erklärt wird, eine »psychische Förderung der Tat durch Rat oder Anleitung« (**35** 13 und vorher **9** 75; **26** 345). Vom Standpunkt der der subjektiven Theorie zugrunde liegenden Lehre, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen Ursache und Bedingung nicht gemacht werden kann (Buri), ist es freilich nur konsequent, den objektiven Maßstab bei Entscheidung der Frage, ob Mittäterschaft oder Beihilfe gegeben ist, gänzlich fallen zu lassen. Aber wer gewinnt es über sich, das praktische Bedenken zu unterdrücken, daß, mag auch objektiv eine Qualitätsgrenze zwischen beiden Teilnahmeformen nicht gezogen werden können, hier doch große quantitative Verschiedenheiten des Tätigwerdens in einer dem Wesen der Sache widersprechenden Weise gleich bewertet werden, und daß der subjektive Maßstab nicht ausreicht, dies zu rechtfertigen[27a]).

Ebensowenig wie in Ansehung der Frage des Haftungsumfanges im Vergleich zum Haupttäter ein wesentlicher Unterschied zwischen Mittäter und Gehilfen aus dem subjektiven Prinzip heraus begründet werden kann, gilt dies auch für die Frage der relativen Strafbarkeit. Keineswegs folgt zunächst der akzessorische Charakter des Gehilfen, mit anderen Worten die Abhängigkeit des Ob seiner Bestrafung von der des Täters im Gegensatz zu der strafrechtlichen Selbständigkeit

[27a]) So auch Högel a. a. O. S. 661.

und Unabhängigkeit des Mittäters aus der subjektiven Theorie zwingend.

Während nach Birkmeyer[28]) die subjektive Theorie, deren Wesen für ihn in der Betonung der Gleichwertigkeit aller Bedingungen hinsichtlich der Erzeugung des Erfolges besteht, zur Leugnung der akzessorischen Natur der Teilnahme führt, gelangt Berner[29]) gerade durch die Erwägung, daß der Gehilfe die Handlung nicht für sich, sondern als fremde unterstützen wolle, also auf dem Boden der subjektiven Theorie, zur Anerkennung der Abhängigkeit des Gehilfen vom Täter. Köstlin[30]) hinwiederum, der sich gleichfalls zur subjektiven Theorie bekennt, betont weitgehend die strafrechtliche Selbständigkeit des Gehilfen. Die von Buri auf Grund seiner Kausalitätstheorie vertretene subjektive Theorie führt zur Selbständigkeit des Teilnehmers: Wenn jeder an der Handlung Beteiligte den ganzen Erfolg verursacht, so ist jeder selbständig strafbar für den Erfolg. Andererseits gelangt man von dem Standpunkt aus, daß nach der subjektiven Theorie der Teilnehmer nicht seine, sondern des Täters Tat will, zur Verneinung der strafrechtlichen Selbständigkeit des Gehilfen. Ebenso wie die subjektive Theorie mit absoluter Berechtigung für die akzessorische Qualität der Beihilfe nicht in Anspruch genommen werden kann, gilt dies auch von der objektiven Theorie: Irrtümlich ist zunächst Birkmeyers Annahme, daß die Betonung der Wesensgleichheit, der qualitativen Gleichwertigkeit von Ursache und Bedingung für die Erzeugung des Erfolges zur Leugnung jeglichen objektiven Unterschiedes zwischen Täterschaft und Beihilfe führe. Der von ihm auf der objektiven Seite behauptete qualitative Unterschied besteht freilich nicht — auf ihn gründet er, wie gesagt, die akzessorische Qualität der Beihilfe —, wohl aber zweifellos sehr häufig ein quantitativer, und mit ihm ist die strafrechtliche Selbständigkeit des Gehilfen sehr wohl verträglich, ja aus der Analogie der nur eine stärkere Potenz[31]) des Mitwirkens zum Erfolge darstellenden Mittäterschaft heraus geboten. Wie der Mittäter, so ist auch der Gehilfe Mitursache des Erfolges, und wie nach § 47 RStGB. der Mittäter als Täter zu behandeln ist, das heißt, wie wenn er den rechtswidrigen Erfolg allein verursacht hätte, so ließe sich an sich auch hinsichtlich des Gehilfen de lege ferenda eine entsprechende Bestimmung rechtfertigen.

---

[28]) Teilnahme S. 49.

[29]) Lehre von der Teilnahme S. 207.

[30]) System § 93, S. 275, 282 f.

[31]) Ders. Meinung Kohler, Studien I (»adminikulierende« Tätigkeit des Gehilfen); Hälschner Gerichtssaal 1873, S. 81 f. (104), (»nebensächliche« Mitwirkung des Gehilfen zum Verbrechen); Glaser, Gesammelte kl. Schriften I S. 129 f. (»untergeordnete« Beteiligung des Gehilfen am Verbrechen).



Der nach der subjektiven Theorie auf der objektiven Seite verbleibende quantitative Unterschied zwischen den einzelnen Fällen der Mittäterschaft und Beihilfe erfordert auf der anderen Seite aber auch einen entsprechend weiten Strafrahmen für die Mittäterschaft. Denn, ob man den Unterschied objektiv oder subjektiv bestimme, in jedem Falle liegt auf der Hand, daß sich häufig das Maß der Strafwürdigkeit des Mittäters der des Gehilfen nähern wird. Ebensowenig wie der flüssige Begriff der »Ausführung« dazu angetan ist, die erhöhte Strafbarkeit des Mittäters zu begründen, kann auch der animus auctoris hierfür entscheidend sein. Mittäterschaft und Mittäterschaft ist praktisch nicht dasselbe. Es gibt Mittäter, die zwar den animus auctoris haben, denen gegenüber aber eine Gesetzesbestimmung angezeigt wäre, welche ihre Strafe entsprechend der Gehilfenstrafe niedriger bemißt als die des Haupttäters.

Eine derartige Bestimmung wäre insbesondere vom Standpunkt einer die subjektive Pflichtwidrigkeit zum Schuldmaßstab erhebenden Theorie denkbar: Manch einer wird nur durch die Vereinigung mit einem anderen zum Verbrecher; nicht, daß er in juristischem Sinne von dem anderen »angestiftet« zu sein braucht — das Bewußtsein, mit einem anderen zusammen einen Eingriff in die Rechtsgüterwelt unternehmen zu können, erhöht, ja schafft unter Umständen die verbrecherische Energie. Jeder weiß aus Erfahrung, wie sehr das Zutrauen zur eigenen Kraft wächst durch die bloße Tatsache der Mitgegenwart einer verwandten, den gleichen Bestrebungen huldigenden, auf denselben Ton gestimmten Seele. Auch in diesem Sinne gilt das Wort »Einigkeit macht stark« — nicht allein in Ansehung der durch sie ermöglichten Erfolgspotenz. So erklärt auch die »Gemeinschaftlichkeit« oft die Entstehung des verbrecherischen Willens. Der Seelenanteil an dem verbrecherischen Erfolge kann bei den einzelnen Mittätern sehr verschieden sein: Der eine ist vielleicht nur zufällig »Mittäter«, er hätte sicher auch als Alleintäter den Erfolg auf sein Gewissen genommen; der andere hingegen ist nur, weil er »Mittäter« ist, Täter, niemals hätte er die Tat allein gewagt. Cum grano salis ist deshalb v. Buris in der Richtungslinie der oben wiedergegebenen Auffassung Kohlers liegender Satz [32]) zu verstehen:

> »Jeder Mittäter ist geradesogut ein Alleintäter wie derjenige Alleintäter, welcher den Erfolg unter Mitwirkung von Naturkräften oder Kräften eines Unzurechnungsfähigen herbeiführt.«

Gewiß benutzt der Mittäter die Kraft seiner Genossen zur Realisierung seines verbrecherischen Vorhabens, will er ihre Tat »als seine eigene«. Es bleibt aber das psychologische Moment zu würdigen: Oft will der

---

[32]) Gerichtssaal **45** 24.

Mittäter die Tat des anderen nur darum als seine eigene, weil dieser andere sie will, namentlich dann, wenn er in einem noch zu erörternden Sinne des § 48 StGB. von jenem angestiftet ist.

Geht man von dem neuerdings [33]) aufgestellten Grundsatz aus, daß die »Schuld« [34]) um so geringer, daher die Strafe um so niedriger sein müsse, ein je stärkeres Motiv erforderlich sei, um das Individuum zum Delinquenten werden zu lassen, umgekehrt der Grad der subjektiven Pflichtwidrigkeit und daher die Strafwürdigkeit wachse, ein je schwächeres Motiv genüge, die in einem Menschen schlummernden deliktuosen Triebe zur Betätigung zu bringen, so muß man den Mittäter, der nur durch die Vorstellung des Zusammenwirkens oder gar im Wege regelrechter Anstiftung auf deliktuose Wege gebracht wird, milder strafen als den Mittäter, der ein »alias facturus« ist, das heißt von vornherein zur Tat entschlossen war. Gerade entgegengesetzt ließe sich behaupten, daß denjenigen, dessen an sich schon deliktuoser Charakter bereits auf ein schwaches äußeres Motiv in verbrecherischer Richtung reagiert — den Maßstab der subjektiven Pflichtwidrigkeit angelegt —, eine geringere »Schuld« treffe als einen Menschen, der im Widerspruch zu seinem adeliktuosen Charakter unter dem Druck äußerer Motive delinquiert. Denn jenes verbrecherisch veranlagte Individuum vermag dem äußeren Antrieb eine weit geringere Widerstandskraft entgegenzusetzen als das nicht verbrecherisch veranlagte: das Quantum der vom Charakter gelieferten Gegenmotive ist bei jenem erheblich geringer als bei diesem. Mithin ließe sich die von der Schuld und Strafe nach der subjektiven Pflichtwidrigkeit bemessenden Theorie aufgestellte Formel: »Das Motiv entlastet, der Charakter belastet« gerade vom Standpunkt dieser Theorie aus eher ins Gegenteil umkehren.

Unbedingt zutreffend ist aber die Formel unter dem Gesichtswinkel der objektiven Gefährlichkeit betrachtet: Der deliktuose Charakter bedarf des stärkeren kriminellen Gegengewichts als der nur gelegentlich unter dem Druck der Verhältnisse vom Pfade des rechtlichen Verhaltens abweichende. Das Schutzbedürfnis der Gesellschaft rechtfertigt die schwerere Strafe des rückfälligen Verbrechers, nicht seine größere »Pflichtwidrigkeit«.

So scheint es denn auch der Gesichtspunkt dieser objektiven Gefährlichkeit zu sein, welcher das StGB. bestimmt, jedem Mittäter grundsätzlich die Verantwortung für den ganzen Erfolg aufzubürden. Denn um die grundsätzliche Stellungnahme des § 47 handelt es sich hier. Der etwa zu erhebende Einwand, daß bei

[33]) Vgl. E. M. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten S. 187 f.
[34]) Im Sinne ethischer Pflichtwidrigkeit.

der Strafabmessung der größere oder geringere Schuldanteil der einzelnen Mittäter doch Berücksichtigung finde, wäre — abgesehen von seiner Hinfälligkeit angesichts absolut festgesetzter Strafe, wie z. B. beim Morde — demgegenüber nicht durchschlagend.

Die objektive Gefährlichkeit der Mittäterschaft besteht aber in dem bereits hervorgehobenen Reiz, welchen diese Form deliktuoser Betätigung für viele hat, die — allein auf sich gestellt — nicht delinquieren würden [35]). Einen Ansporn für diese würde die grundsätzlich verschiedene Behandlung der einzelnen Mittäter enthalten, und daher die Gleichstellung der Mittäter mit dem Alleintäter in § 47 StGB.

Es fragt sich aber, ob diese Gleichstellung de lege ferenda unter allen Umständen aufrechtzuerhalten sein wird. Wir möchten die Frage verneinen. Denn, soweit der Standpunkt der lex lata der gekennzeichnete ist, wäre er für modernes, individualisierendes Rechtsempfinden zu abstrakt: Mag auch die Vereinigung mehrerer zur Verbrechensbegehung an sich ein größeres Gefahrsmoment enthalten als die Alleintäterschaft, so kann dieses größere Gefahrsmoment in einer schärferen Bestrafung desjenigen Mittäters zum Ausdruck gelangen, der als der geistige Urheber der Vereinigung zu betrachten ist, während die essentielle Eigenschaft des anderen als Gehilfen, ungeachtet der formalen Rolle des Mittäters, zu einer geringeren Bestrafung führen muß. Birkmeyer [35a]) hält zwar daran fest, daß Beihilfe und Mittäterschaft vermöge des Unterschieds zwischen Bedingung und Ursache wesentlich verschieden seien; er schlägt aber de lege ferenda mit Rücksicht auf die Schwierigkeit der Abgrenzung beider voneinander vor, soweit die Beihilfe bei der Ausführung geleistet wird, sie in der Bestrafung der Mittäterschaft gleichzustellen und die mildere Bestrafung wegen der hier regelmäßig geringeren Schuld des Gehilfen auf die Beihilfe zur Vorbereitung zu beschränken. Im Ergebnis stimmt dieser Vorschlag mit dem Standpunkt des Reichsgerichts insoweit überein, als dieses alle Mitwirkung bei der Ausführung, falls nur animus auctoris gegeben ist, als Mittäterschaft betrachtet. Er geht aber insofern weiter, als er auch den mit dem animus socii bei der Ausführung Mitwirkenden als Mittäter zur Verantwortung ziehen will; enger zieht Birkmeyer den Kreis der Mittäterschaft insofern, als er die mit animus auctoris die Vorbereitung des Verbrechens Unterstützenden nicht als Mittäter ansieht. Er löst also das Strafbarkeitsproblem, das sich bei Betrachtung des Verhältnisses zwischen Mittäterschaft und Beihilfe erhebt, in der Weise, daß er die Strafbarkeit des Gehilfen

[35]) Daher auch die besondere Aufmerksamkeit, welche das Gesetz der Begehungsform der Bande und des Komplotts zuwendet.

[35a]) Vgl. Darstellung a. a. O.



bis zur Stufe des Mittäters erhöht, soweit die Beihilfe bei der Ausführung des Verbrechens geleistet wird. Im Hintergrunde bleibt das Axiom der Gleichbestrafung sämtlicher Mittäter als Täter stehen. Verdienstlich ist es zwar, daß Birkmeyer die starre Unbeweglichkeit der Typen in den Fluß der beide einander annähernden Strafbemessung stellt. Es kommt aber praktisch nicht so sehr darauf an, möglichst viel Gehilfen als verkappte Mittäter zu erhöhter Bestrafung zu bringen, wie umgekehrt darauf, in formellen Mittätern dem Wesen der Sache nach untergeordnete und daher weniger strafwüridige Mitverursacher des verbrecherischen Erfolges zu erkennen.

Wie den Mittäter, so muß es künftig auch möglich sein, den Anstifter milder als den Haupttäter zu strafen. Zwei Anschauungen über das Wesen der Anstiftung stehen sich gegenüber: Die eine erblickt das strafbare Moment der Anstiftung in der Veranlassung des verbrecherischen Entschlusses durch den Täter unter der Voraussetzung nachfolgender Begehung des Verbrechens, die andere sieht in der Anstiftung eine besondere Art der mittelbaren Täterschaft. Vom Standpunkt der letzteren Ansicht ergibt sich die Gleichbestrafung des Anstifters mit dem Täter ohne weiteres. Steht man auf dem Boden der ersteren Anschauung, so läßt sich diese Gleichbestrafung nur gewissermaßen mechanisch, rein äußerlich begründen, nämlich mit dem akzessorischen Prinzip: Die Anstiftung ist nicht nur in ihrer Bestrafung überhaupt, sondern auch im Maß derselben von der Haupttat abhängig. Der wunde Punkt dieser Beweisführung wäre, daß die ja auch akzessorischen Charakter an sich tragende Beihilfe nicht mit der Täterstrafe vom Gesetz belegt wird. Die Wahrheit ist, daß sich aus den Erscheinungen des praktischen Lebens zwei ganz verschiedene Typen von Anstiftung herausheben. Auf den einen Typus paßt die Theorie der intellektuellen Urheberschaft, bei dem anderen beschränkt sich die geistige Einwirkung des Anstifters auf die Auslösung des verbrecherischen Entschlusses. Ebensowenig wie es notwendig ist, daß der Täter als bloßes Instrument in der Hand des Anstifters erscheint, führt die von Wachenfeld[36]) u. a. betonte Tatsache, daß der Täter mit freiem Willensentschluß handelt, in allen Fällen dazu, die intellektuelle Urheberschaft für unmöglich zu erklären. Keineswegs scheitert die Theorie der intellektuellen Urheberschaft, wie ihre Bekämpfer wollen, daran, daß durch die freie vorsätzliche Handlung des Angestifteten der ursächliche Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Anstifters und der Verwirklichung des verbrecherischen Erfolges unterbrochen wird. Nicht kann hier von einer »Unterbrechung« des Kausalzusammenhanges gesprochen werden. Nur so viel ist richtig

---

[36]) Lehrbuch S. 204, Z 40 148.

— wir folgen hierin Franks Beweisführung[86a]) —, daß eine Bedingung, die einen der Außenwelt angehörenden Erfolg nur durch Vermittelung eines frei und bewußt darauf hinarbeitenden Willens herbeiführt, wie dies bei der Tätigkeit des Anstifters zutrifft, lediglich Bedingung ist und nicht Ursache. Praktisch will dies besagen, daß die psychisch — das heißt durch Einwirkung auf den Willen des anderen — vermittelte Kausalität die Haftung für den Erfolg nur begründet, sofern sie Teilnahme in den vom Gesetz vorausgesetzten Formen ist. Es kann mithin jemand, der etwa durch ein schlechtes Beispiel, das er mit seiner lasterhaften Lebensführung seinem Sohn gibt, diesen zur Begehung von Straftaten veranlaßt, nicht wegen Verursachung dieser Straftaten, etwa wegen fahrlässiger Täterschaft, verantwortlich gemacht werden; dieses wäre nur denkbar, wenn das Gesetz die Teilnahmeformen überhaupt nicht aufgestellt, mithin zu erkennen gegeben hätte, daß es auch im Falle der psychisch vermittelten Kausalität Bedingung = Ursache setzen wollte.

Überall da, wo der Täter die Tat in eigenem Interessse begeht, läßt sich von einer mittelbaren Verursachung des verbrecherischen Erfolges durch den Anstifter nicht sprechen; wenigstens hat hier der Anstifter den Erfolg nicht überwiegend verursacht, sondern nur zu seiner Verwirklichung beigetragen. In diesen Fällen begegnet der Beweis der Anstiftung in der Praxis auch den meisten Schwierigkeiten. Denn, wenn auch nicht gesagt ist, daß jemand, der infolge seines eigenen Interesses zur Begehung einer strafbaren Handlung hinneigt, immer auch ein »alias (omnimodo) facturus« ist, so bedarf es doch in solchen Fällen häufig eines verhältnismäßig nur leisen Anstoßes von anderer Seite, um das Rad des Entschlusses bei ihm ins Rollen zu bringen. Vielleicht hätte der zum Verbrechen Geneigte in der nächsten Stunde selbst den Entschluß zu seiner Begehung gefaßt — seinen »Anstifter« als den geistigen Urheber zur Tat zu bezeichnen, geht dann wirklich nicht gut an. Ist doch die Tat in erster Linie seine Tat, von seinem Fleisch und Blut. In einem von mir als Ankläger vor dem Schwurgericht vertretenen Fall hatte ein Lehrer mit der Ehefrau seines Wirtes Ehebruch getrieben. Der Ehemann strengte die Scheidungsklage an, und der Lehrer wurde in dem Scheidungsprozeß als Zeuge vernommen; er stellte den Ehebruch eidlich in Abrede. Er wurde des Meineids angeklagt, die Frau seines Wirtes wegen Anstiftung. Wie der Täter oft seine eigene Schuld dadurch abzuschwächen sucht, daß er sich als das Opfer der Verführung hinstellt, so hatte auch in diesem Falle der Lehrer behauptet, die Ehebrecherin habe ihm solange zugesetzt, in ihrem Interesse den verbotenen Verkehr unter dem Eide zu leugnen,

[86a]) Komm. 11.–14. A. S. 14.

bis er sich dazu habe bestimmen lassen. In der Hauptverhandlung trat zutage, daß der Lehrer seinerseits bereits vor seiner Vernehmung als Zeuge von seiner vorgesetzten Schulbehörde in ein Disziplinarverfahren wegen des ihm zur Last gelegten ehebrecherischen Verkehrs verwickelt war und auch schon dort als Beschuldigter den Ehebruch bestritten hatte. Es war offenbar, daß der Lehrer selbst ein wesentliches Interesse daran hatte, sein Brot nicht zu verlieren, mithin aus diesem Gesichtspunkte schon ein hinlängliches Motiv hatte, die Unwahrheit auch als Zeuge im Scheidungsprozeß zu bekunden. Die Geschworenen trauten sich die subtile Entscheidung, ob hier nur eine gewisse Geneigtheit des Lehrers zur Eidesverletzung, als die Ehefrau seines Wirtes auf ihn einwirkte, bestand, oder ob er den Meineid auch geleistet hätte, wenn die Frau ihm gar nicht zugeredet hätte, nicht zu und erklärten die Frau der Anstiftung für nicht schuldig.

Wahrscheinlich wäre es so auch in dem berühmten Allensteiner Mordprozeß gegen die Frau Major Schoenebeck, welche ihren Liebhaber zur Tötung ihres Mannes angestiftet haben sollte, gekommen, wäre dieser Prozeß nicht wegen nicht zu behebender Verhandlungsunfähigkeit der Angeklagten im Sande verlaufen.

Auch ein berufsrichterliches Kollegium hätte in dem Falle des Lehrers im Zweifel so erkennen müssen wie das Berliner Schwurgericht. Angenommen nun, die Frage wäre in einem für die Frau ungünstigen Sinne zu beantworten gewesen, so wäre es gewiß nicht billig gewesen, sie mit dem gleichen Maße wie den Täter zu messen; ja nach der Ansicht des Reichsgerichts, das den § 50 StGB. auf den Anstifter auch dann nicht für anwendbar erklärt, wenn seine eigene strafrechtliche Verfolgung auf dem Spiele stand (Entsch. **22** **106**) — auch hier dürfte der Gesichtspunkt der strafrechtlichen Selbständigkeit des Teilnehmers, wie in Übereinstimmung mit Frank[36b]) anzunehmen ist, zu dem entgegengesetzten Ergebnis führen! —, würde sogar die Frau mit der Strafe des Zuchthauses zu belegen sein, während der Lehrer, mit Rücksicht auf den Eidesnotstand des § 157 Ziff. 1 StGB. mit einer Gefängnisstrafe davonkommen könnte. Der Gerechtigkeit würde es im Gegenteil nur entsprechen, wenn das Gesetz es ermöglichte, in einem solchen, den psychischen Einfluß des Anstiftenden hinter der ohnehin bestehenden verbrecherischen Geneigtheit des Täters zurücktreten lassenden »Anstiftungs«falle den Anstifter mit einer gelinderen Strafe als den Täter anzusehen. Ganz abgesehen davon, daß schon die Scheu vor der Selbstausführung des Verbrechens und ihre Überlassung an den Angestifteten in den so gelagerten Fällen einen geringeren Grad der verbrecherischen Energie erkennen läßt. Hierher

36b) zu § 157 I 1.



gehören namentlich auch die von Binding[36c]) hervorgehobenen Fälle, in denen jemand, der des zur Täterschaft im Sinne des engen Täterschaftsbegriffs unentbehrlichen konkreten Verbrechensentschlusses durchaus ermangelt, den anderen zur Begehung eines Verbrechens bestimmt: er bewegt einen Darbenden durch Zureden, irgendeinen Diebstahl, einen Anarchisten, irgendein anarchistisches Verbrechen zu begehen. Es ist zweifelhaft, ob diese Fälle, die als unechte Anstiftung bezeichnet werden können, unter den ein gewisses Maß von Konkretisierung des verbrecherischen Entschlusses des Anstifters erfordernden § 48 StGB. unterzuordnen sind; der Hinweis auf den § 111, nach welchem, wenn die allgemein gehaltene Aufforderung zur Verbrechensbegehung Erfolg hat, die Strafe der Anstiftung eintritt, vermag den Zweifel nicht zu lösen, denn es ist sehr wohl möglich, daß das Gesetz diesen Fall der öffentlichen Aufforderung unter eine besondere ausnahmsweise Regelung hat stellen wollen. Daß die Fälle, die Binding im Auge hat, strafwürdig sind, leuchtet ohne weiteres ein. Will man seinen Vorschlag, den Täterschaftsbegriff zum Urheberschaftsbegriff zu erweitern, nicht folgen — der Urhebervorsatz würde auch den dem Auffordernden fremden, seinem Interesse fernliegenden konkreten Erfolg erfassen —, wäre es empfehlenswert, die Strafe der Anstiftung ausdrücklich von der Konkretisierung des Anstiftervorsatzes unabhängig zu machen. Letzterer Weg verbürgt ein gerechteres Strafmaß für den Auffordernden als seine tätergleiche Behandlung; denn seine Betätigung eines abstrakten Interesses am Verbrechen fordert die staatliche Reaktion nicht in der gleichen Stärke wie die Verfolgung eines konkreten derartigen Interesses durch den Aufgeforderten heraus.

Der KE. beschränkt sich auf den oben bereits erwähnten Vorschlag einer fakultativen Strafmilderung für den Anstifter (und mittelbaren Täter) in dem Falle, daß die die Strafbarkeit begründenden besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse in seiner Person nicht vorliegen. Offenbar geht der Vorschlag davon aus, daß z. B. der Nichtbeamte, welcher den Beamten zu einem reinen Amtsverbrechen anstiftet, regelmäßig um deswillen weniger strafwürdig erscheinen wird als jener, weil bei ihm die Überwindung der besonderen, in dem Treuverhältnis des Beamten zum Staate wurzelnden, dem Anreiz zur Straftat entgegenwirkenden Motive nicht in Frage kommt. Binding[37]) betont mit Recht, es sei doch etwas wesentlich anderes, wenn etwa ein Richter, der sein Amt freiwillig übernimmt und dessen gewissenhafte Verwaltung beschworen hat, der jeden Tag die Tragweite der Amtspflichtwidrigkeit vor sich sieht, sich zur Rechtsbeugung entschließe, als wenn

[36c]) Gerichtssaal 71 14.

[37]) a. a. O. S. 19 ff.

eine Partei, deren ganze Existenz vielleicht von dem Ausfall des Prozesses abhängt, den Richter zu Rechtsbeugung bestimmt habe. Der Vorschlag des KE. ist durchaus gerechtfertigt, er ist aber zu eng. Ein Strafmilderungsgrund für den Anstifter ist allgemein darin zu finden, daß der Täter mit der Tat eigene Interessen verfolgt, mithin die Tat nicht ausschließlich oder auch nur überwiegend auf die Einwirkung des Anstifters zurückzuführen ist. Es muß daher die niedrigere Bestrafung des Anstifters stets möglich sein.

Ganz anders die Fälle, in denen der seelische Einfluß des Anstifters so überwiegt, daß die Tatgeneigtheit und Tatbereitschaft des Täters nur durch den Anstoß von außen entsteht, in denen das Interesse des Täters an der Herbeiführung des verbrecherischen Erfolges von vornherein gleich Null, das Interesse des »Anstifters«, der dem anderen den verbrecherischen Entschluß »einimpft« (Binding [38]), alles ist. In feiner Weise wird der höchste Gerichtshof dieser Erscheinungsform der Anstiftung dadurch gerecht, daß er in allen Fällen, in denen der scheinbare Täter nicht mit dem animus auctoris handelt, sondern die Tat als eine fremde, als die des scheinbaren Anstifters will, nicht Anstiftung im technischen Sinne, sondern mittelbare Täterschaft auf seiten des scheinbaren Anstifters und Beihilfe auf seiten des von diesem als Werkzeug gebrauchten scheinbaren Täters annimmt (Reichsgericht, Entsch. **31** 80; **41** 61; **44** 69). Insbesondere liegt nach der Praxis des Reichsgerichts diese mittelbare Täterschaft dann vor, wenn der scheinbare Täter nicht mit der vom gesetzlichen Tatbestand geforderten Absicht (Richtung des deliktuosen Vorsatzes) handelte, wie z. B. in dem bekannten Beispiel, daß A. dem B. aufträgt, für ihn eine fremde bewegliche Sache zu entwenden und B. diesen Auftrag ausführt (Entsch. **39** 37). Wegen Diebstahls kann hier B. nicht bestraft werden, denn er will die Sache nicht sich selbst, sondern dem A. zueignen; infolgedessen ist auch A. als Anstifter mangels strafbarer Haupttat nicht strafbar. Will man sich nicht mit der reichsgerichtlichen Definition der Zueignung als der Überführung der Sache in das eigene wirtschaftliche Vermögen in Widerspruch setzen, so kann man die Lösung, wie es versucht worden ist [39]), nicht darin suchen, daß B. die Sache doch an sich genommen habe, um sie sich rechtswidrig zuzueignen, weil er gerade dadurch, daß er sie dem A. zuwenden wollte, beabsichtigt habe, wie ein Eigentümer darüber zu verfügen. Dann aber bleibt nichts übrig, will man die Strafbarkeit sowohl des B. als des A. retten, als sich der Konstruktion des höchsten Gerichtshofes anzuschließen, die den A. als Dieb, den B. als seinen Gehilfen auffaßt. In diesen Zusammenhang gehört auch die Betrachtung der Anstiftung zum Dieb-

---

[38]) Gerichtssaal **71** 10.

[39]) Namentlich von Harburger, Vergl. Darstellung bes. T. **6** 213.

stahl mit nachfolgender, von vornherein beabsichtigter Hehlerei des Anstifters. In diesem Falle nimmt das Reichsgericht (Rechtsprechung **9** 193) Idealkonkurrenz zwischen Anstiftung zum Diebstahl und Hehlerei an; auf dem Boden seiner eigenen Theorie der mittelbaren Täterschaft müßte es auch hier mittelbaren Diebstahl durch den »Anstifter« annehmen, in dem die Hehlerei ebenso aufzugehen hätte wie die vom unmittelbaren oder mittelbaren Dieb vorgenommene Verwirklichung der der Wegnahme zugrunde liegenden Zueignungsabsicht durch Veräußerung oder Verbrauch der gestohlenen Sache. Ebenso notwendig ist es, sich dieser Konstruktion (vgl. Reichsgericht, Entsch. **28** 109; **44** 69) anzuschließen überall da, wo ein Sonderdelikt (delictum proprium), das heißt ein Delikt in Frage kommt, das nur von bestimmten Personen begangen werden kann (z. B. ein reines Amtsverbrechen), und wo dieses Sonderdelikt nicht eigenhändig von der bestimmten Person (z. B. dem Beamten), sondern in der Weise begangen wird, daß sie es durch eine andere Person, welche die vom Gesetz für die eigentliche Täterschaft vorausgesetzte Eigenschaft nicht aufweist, vornehmen läßt. Mit Recht hebt Frank[39a]) hervor, daß, wenn ein Beamter eine Falschbeurkundung durch einen Nichtbeamten vornehmen läßt, der die Unwahrheit des Eingetragenen kennt, § 348 StGB. ebenso Anwendung finden müsse, als wenn der Nichtbeamte die Eintragung für wahr hält. Denn »sonst hätte der potentielle Täter die Möglichkeit, jede Verantwortung abzuwenden, sofern er nur jemanden fände, der sich zur unmittelbaren Täterschaft hergibt«. Richtiger Ansicht nach ist also hier der Beamte als Täter, der Nichtbeamte als Gehilfe zu bestrafen. Doch diese Fälle interessieren für eine Betrachtung der relativen Strafbarkeit des »Anstifters« nicht in erster Linie; denn hier kommt der als Gehilfe zu Bestrafende mangels Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen in seiner Person nicht einmal als scheinbarer Täter in Frage, mithin besteht hier das Problem des Verhältnisses der Strafbarkeit des Anstifters zu der des Täters auch nicht in übertragener Form; der Anstifter ist eben von vornherein nichts anderes als Täter, weil es der »andere« nicht sein kann.

Gegenstand unseres Hauptinteresses sind vielmehr die vom Reichsgericht als mittelbare Täterschaft mittels des als Gehilfen zu bestrafenden dolosen Werkzeugs, das wenigstens von vornherein als Täter in Frage kommt, aufgefaßten Fälle. Zutreffend weist Binding[40]) darauf hin, daß dem geltenden Recht der Gedanke nicht fremd ist, die vorsätzliche Bestimmung eines anderen zur schuldhaften Ausführung des Täterwillens als Täterschaft aufzufassen; so ist nach § 142 StGB. nicht nur strafbar, wer sich selbst verstümmelt, sondern auch der, der sich durch einen anderen verstümmeln läßt (vgl. auch

[39a]) StGB. 11.—14. A. 3. Abschn. S. 83.

[40]) a. a. O. S. 8.

§§ 341, 343 StGB.). Das Reichsgericht befindet sich also mit dem positiven Recht im Einklang, wenn es für Täterschaft nicht die Eigenhändigkeit der Begehung verlangt. Aber mag man auch nicht auf dem Boden der subjektiven Theorie stehen, die zur Täterschaft den animus auctoris voraussetzt, vielmehr denjenigen, der durch unmittelbares Tätigwerden vorsätzlich schuldhaft den äußeren Tatbestand erfüllt, in jedem Falle als Täter bestrafen, also auch dann, wenn er nur mit dem animus socii handelt, mag man dementsprechend in dem anderen, mit animus auctoris Handelnden stets nur den Anstifter sehen, weil er nicht selbst unmittelbar tätig wird — auch dann wird man nicht verkennen, daß jedenfalls de lege ferenda der Konstruktion des Reichsgerichts das sehr beachtliche Prinzip zugrunde liegt, sich von der mechanischen Gleichbestrafung des »Anstifters« und des unmittelbaren Täters freizumachen. Schon de lege lata gelangt das Reichsgericht mit seiner Auffassung vom dolosen Werkzeug zu Ergebnissen, die in dieser Richtung liegen: der geistige Urheber der Tat, der, in dessen Interesse der verbrecherische Erfolg herbeigeführt wird, ist strafwürdiger als das nur den äußeren Tatbestand verwirklichende Werkzeug. Man denke an den Krupp-Prozeß (1913), in welchem die der aktiven Bestechung angeklagten Angestellten zwar die Bestechungsgelder ausgezahlt, dies aber im Namen und Auftrage ihrer Firma getan hatten, weswegen nicht sie, sondern die Direktoren der Firma Krupp als Täter, sie selbst nur als Gehilfen in Frage kamen. Auch wenn er die subjektive Täterschaftstheorie und den Begriff des dolosen Werkzeugs verwerfen wollte, [40a]) müßte der künftige Strafgesetzgeber doch der größeren Strafwürdigkeit des Anstifters gegenüber dem Täter in diesen Fällen Rechnung tragen und dem Richter die Möglichkeit der höheren Bestrafung des Anstifters geben. Will man nicht über den ordentlichen Strafrahmen hinausgehen, so kann das Ergebnis einer geringeren Bestrafung des dem Wesen der Sache nach minder beteiligten Täters auch dadurch erreicht werden, daß dem Richter die Möglichkeit gegeben wird, hinsichtlich seiner unter den ordentlichen Strafrahmen herabzugehen. Letzterer Vorschlag würde vielleicht noch mehr mit dem oben gemachten Vorschlag in Einklang stehen, dem Mittäter unter Umständen eine solche Strafmilderung angedeihen zu lassen. Sollte der künftige Gesetzgeber sich auf den Standpunkt des Reichsgerichts stellen, daß der unmittelbare Täter, sofern er nicht mit dem animus auctoris, sondern mit dem animus socii handelt, nur als Gehilfe, der scheinbare Anstifter, wenn er vom animus auctoris geleitet ist, dagegen in Wahrheit mittelbarer Täter ist, so würde es der letztgedachten

[40a]) Wie dies Wachenfeld Z 40 144, der das dolose Werkzeug als »Widerspruch in sich« bezeichnet, und Flegenheim, das Problem des dol. Werkzeugs 1913, S. 44 ff. tun.

Strafmilderung zugunsten des »Täters« in Ansehung der hier in Frage kommenden Fälle nicht bedürfen. Sofern die Begriffsbestimmung, die der KE. von der mittelbaren Täterschaft gibt, in das neue Strafgesetzbuch übergehen sollte, würde aber der Standpunkt des Gesetzes von dem des Reichsgerichts abweichen; denn, abgesehen von dem Fall des nicht schuldhaft handelnden Werkzeugs, ist in der Begriffsbestimmung nur von dem anderen, durch den der mittelbare Täter die Tat zur Ausführung bringt, in dem Sinne die Rede, daß dieser andere »nicht selbst die strafbare Handlung mit dem zum Tatbestande erforderlichen Vorsatz« begeht. Hierunter ist aber offenbar nicht der allgemeine animus auctoris verstanden, sondern der sich auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale beziehende Vorsatz, wie z. B. in dem oben berührten Falle des eine fremde bewegliche Sache in fremdem Interesse Wegnehmenden. Nun wäre es zwar möglich, daß der höchste Gerichtshof über den Rahmen dieser einengenden Definition des mittelbaren Täters hinausgehend, aus allgemeinen, aus dem Wesen der Täterschaft und der Teilnahme abgeleiteten Gründen, wie bereits auf der Grundlage des jetzt geltenden Rechts, nach wie vor den mit animus auctoris handelnden Anstifter eines mit bloßem animus socii handelnden unmittelbaren »Täters« als mittelbaren Täter ansehen und dadurch zur geringeren Bestrafung des unmittelbaren »Täters« als Gehilfen gegelangen würde. Es ist dies aber zweifelhaft, und ebenso zweifelhaft ist es, ob die Rechtsprechung überhaupt sich solcher Auffassung anschließen würde. Aus diesen Gründen wäre im Gesetz eine Strafmilderungsvorschrift in Ansehung des Täters im Verhältnis zum Anstifter doch nicht zu entbehren. Eine solche Vorschrift wäre aber nicht nur mit Bezug auf die hier in Rede stehenden »Anstiftungs«fälle erforderlich, sondern ganz allgemein. Denn auch da, wo der Wille des Täters kein bloßer Gehilfen-, sondern ein wahrer Täterwille ist, wo nicht davon gesprochen werden kann, daß die Tat lediglich im Interesse des »Anstifters« begangen wird, wird häufig der geistige Anteil des Anstifters den des Täters am Verbrechenserfolg bedeutend überwiegen, nämlich dann, wenn es dem Anstifter gelungen ist, die Wesenheit des Täters mit seiner eigenen so zu durchdringen, daß der Täter gleichsam nur noch das Weltbild sieht, das ihm der Anstifter suggeriert hat, daß der Täter seinem eigenen, bisher, wie ihm der Anstifter beweist, von ihm verkannten Interesse zu dienen glaubt, wenn er blindlings das tut, wozu ihn jener antreibt[40b]). In Fällen solcher Ausschaltung des Ichs

[40b]) Es ist also nicht zutreffend, daß nur bei der mittelbaren Täterschaft im eigentlichen, ursprünglichen Sinne (Benutzung eines Kindes, eines Geistesgestörten als Werkzeug) der zur Tat Bestimmte aufhört, ihr den Stempel seiner Persönlichkeit aufzudrücken«, wie Wachenfeld Z **40** 39, 144 f. meint. Vielmehr ist dies auch bei der mittelbaren Täterschaft im erweiterten Sinne des RG., ja u. U. auch bei der Anstiftung der Fall.

des Täters ist gewiß der Anstifter strafwürdiger. Zu eng will es uns daher scheinen, wenn Binding für schärfere Bestrafung des mittelbaren Täters, wie er den Anstifter nennt, eintritt, falls er einen bis dahin Unbescholtenen zur Begehung des Verbrechens verleitet hat. Die Unbescholtenheit ist noch kein Beweis für Handeln infolge von Verführung. Namentlich häufig begegnen wir der Form der Anstiftung, die wir hier im Auge haben, in dem Falle, wo der Anstifter gleichzeitig Mittäter ist, in welchem Falle Konsumtion (Absorption) der Anstiftung durch die Mittäterschaft angenommen wird (vgl. Reichsgericht, Entsch. **26** 198). Als Grund für diese Konsumtion wird angeführt, daß der Anstifter nach dem Gesetz nur an fremder Tat, nicht aber an eigener Tat teilnehmen könne. Dieser Grund greift durch, soweit wirklich Anstiftung in Frage kommt. Wo aber der Anstifter in Wahrheit mittelbarer Täter, der angestiftete Mittäter in Wahrheit Gehilfe ist, geht die Anstiftung ohnehin in der Täterschaft unter.

Es gibt endlich auch Anstiftungsfälle, die ein Mittelding zwischen den beiden eben erörterten Typen darstellen, bei denen sich die Strafwürdigkeit des Anstifters und des Täters die Wage hält. Der Angestiftete handelt hier im wohlverstandenen eigenen Interesse; aber wenn er auch zur Verbrechensbegehung von vornherein geneigt war und ein nur geringer Anstoß von seiten des Anstifters genügte, den allgemeinen Entschluß auf ein bestimmtes Verbrechen zuzuspitzen, wenn gleichsam der gefügige Stoff nur der formenden, bildenden Hand harrte, so liegt die Sache doch nicht so, daß die Tätigkeit des Anstifters etwa deshalb die weniger strafwürdige wäre, weil seine Einwirkung nur verhältnismäßig schwach zu sein brauchte, sondern es erwächst gegen ihn der seine Strafbarkeit bis zur Höhe der Täterstrafe treibende Vorwurf, daß er gewissermaßen den Explosivstoff, dessen Natur er kannte, durch einen Funken entzündet, daß er sich des gefügigen Werkzeugs zur Herbeiführung des in seinem unmittelbaren Interesse liegenden verbrecherischen Erfolges bedient hat. Der Angestiftete hat nur ein mittelbares Interesse an diesem Erfolge; im Grunde genommen ist es ihm gleichgültig, zu welchem verbrecherischen Erfolge er seine Hand leihen soll — wenn er nur dafür bezahlt, seine Geldgier, die sein unmittelbares Interesse darstellt, gestillt wird. Sein Interesse besteht darin, daß überhaupt ein Verbrechen geschieht; auf ein bestimmtes kommt es ihm nicht an [41]). Man denke an die charakterlosen Mörder des Shakespeareschen Königdramas, die heute der, morgen jener Partei ihren Dolch zur Verfügung stellen. Diese eine Übergangsform darstellende Art der Anstiftung wird verhältnismäßig selten sein:

[41]) Nur rein äußerlich betrachtet sind hierzu ein Gegenstück die oben erörterten Fälle, in denen auf seiten des Anstifters ein mehr abstraktes Interesse am Verbrechen obwaltet.

Meist wird entweder das Interesse des Anstifters oder das des Angestifteten an der Herbeifühung des verbrecherischen Erfolges überwiegen.

Die Betrachtung hat gezeigt, daß es sehr verschiedene Arten von Mittäterschaft und Anstiftung gibt; zum Teil kreuzen sich Mittäterschaft und Anstiftung. Je nach dem Grade der betätigten verbrecherischen Willensenergie muß sich die Strafe des Mittäters und des Anstifters abstufen von der bloßen Gehilfenstrafe bis zu einer selbst die Täterstrafe übertreffenden Höhe. Nur dann tritt an Stelle des toten, allein den Formengeist befriedigenden Schemas der Einteilung der Teilnahmeformen die lebendige Kraft der inneren Bewertung.

Festgabe für Josef Kohler zum 9. März 1919

5. Beitrag

Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils beim strafbaren Betrug.

Von Rudolf Pröll, Rechtsanwalt in Berlin.

I.

Wenn nach dem Wortlaut des § 263 StGB. die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, zum Tatbestand des Betruges gehört, so macht sich der nicht strafbar, der durch das Mittel der Täuschung nur einen rechtlich begründeten Anspruch verwirklicht. Das ist anerkannten Rechtens [1]). Straflos also ist, wer durch Täuschung seinen böswilligen Schuldner zur Zahlung veranlaßt, oder wer seine gestohlene Sache bei einem Trödler entdeckt, sie kauft und sich liefern läßt, aber dann — seinem vorgefaßten Entschluß entsprechend — die Zahlung weigert; denn der Eigentümer hatte Anspruch auf Herausgabe der abhanden gekommenen Sache, der Trödler aber kein Recht auf Zahlung des Kaufpreises [2]). Einen rechtswidrigen Vermögensvorteil aber verschafft sich der, der durch Täuschung die Zahlung einer Spielschuld erschleicht, denn durch Spiel wird ein Rechtsanspruch nicht begründet. Rechtswidrig ist auch der Vermögensvorteil, den sich ein Gläubiger dadurch verschafft, daß er durch arglistige Täuschung seinen Schuldner zur Zahlung einer verjährten Schuld veranlaßt [3]). Zwar ist die verjährte Forderung zunächst voll wirksam und wird nur entkräftet, wenn der Schuldner von seinem Einrederecht Gebrauch macht, so daß der Gläubiger zunächst einen Rechtsanspruch auf die Zahlung hat. Dieser Anspruch wäre aber durch die Geltendmachung der Verjährungseinrede seitens des Schuldners illusorisch geworden, wenn nicht eben der Gläubiger den Schuldner durch die Täuschung an der Ausübung seines Einrederechtes verhindert hätte. Der Gläubiger kann sich also nicht auf diese durch seine arglistige Täuschung erst geschaffene Situation zu seinen Gunsten berufen. Vielmehr muß bei Beurteilung des Falles von der Sachlage ausgegangen werden, die bestehen würde, wenn die betrügerische Handlung nicht vorgenommen wäre. Bei dieser — hypothetischen — Sachlage aber hätte der Gläubiger keinen Rechtsanspruch auf die Zahlung gehabt,

[1]) Allgemeine Ansicht; vgl. insbes. RG. v. 20. Okt. 1881 R III 629; RG. v. 17. Dez. 1881 E **5** 352; RG. v. 16. Okt. 1884 E **10** 155 (betr. § 268). RG. v. 26. Juni 1883, R V 59; RG. v. 8. Jan. 1918 E **51** 329. v. Liszt, Lehrb. 482; Frank, Note VII 3 Abs. I a. E. Olshausen, Note 45; Rüdorff-Stenglein, Note 5; v. Wächter S. 458.

[2]) Staudinger, Anm. V 1d zu § 433 BGB.

[3]) Nur im Ergebnis übereinstimmend RG. v. 2. Jan. 1911 E **44** 203 (betr. § 253).

weil der Zahlungsanspruch durch Geltendmachung der Einrede zerstört gewesen wäre; ergo hat sich der Gläubiger etwas verschafft, worauf er kein Recht hatte. Wer Zahlung von einem andern als dem Verpflichteten erschleicht [4]), wer sich eine nicht fällige Schuld bezahlen läßt [5]), oder wer sich von seinem Schuldner Waren erschwindelt, um sich aus deren Erlös wegen einer Geldforderung zu befriedigen [6]), erstrebt rechtswidrigen Vermögensvorteil, denn er will sich mehr oder anderes verschaffen, als das Recht ihm zu verlangen gestattet. Wer sich aber nur einen Teil dessen verschafft, was er zu fordern hat, erstrebt keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil. Hierher gehört insbesondere der Fall, daß jemand seinen berechtigten Anspruch nicht auf einmal realisiert, sondern zunächst eine günstigere Situation schafft, die ihn der Verwirklichung seines Anspruches näher bringt. Vorausgesetzt ist hierbei, daß der Berechtigte sich nicht selbständige Vermögensstücke verschafft, auf die er keinen Anspruch hat; tut er dies doch, so liegt der erwähnte Fall rechtswidriger Warenverschaffung für eine Geldforderung vor. Der Unterschied dieser beiden Fälle wird oft übersehen. So wenn behauptet wird, die Erschleichung einer Beweisurkunde oder einer günstigeren Prozeßlage stelle stets einen rechtswidrigen Vermögensvorteil dar, ohne Rücksicht darauf, ob der Anspruch materiell begründet sei oder nicht [7]). Die Beweisurkunde oder die Prozeßlage sind keine selbständigen Vermögensstücke wie die Waren, sondern können nur allenfalls durch Einfluß auf die Realisierbarkeit des Anspruchs dessen Wert erhöhen. Wer also Anspruch auf Zahlung hat und zunächst durch Täuschung die Gefährdung dieses Anspruchs beseitigt, verschafft sich nichts, worauf er kein Recht hätte. Also erstrebt der Kläger, dessen materiell begründeter Anspruch im Urteil von einer Eidesleistung des Beklagten abhängig gemacht ist, keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil, wenn er den Beklagten durch Täuschung von der Eidesleistung abhält [8]). Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erschleichung einer günstigeren Prozeßlage für einen materiell begründeten Anspruch besteht auch nicht in der Ersparung der Prozeßkosten [9]), denn der Anspruch geht auf Leistung schlechthin, nicht auf Leistung im Prozeßwege gegen Kostenzahlung [10]).

---

[4]) Übereinstimmend RG. v. 5. Nov. 1895 E **28** 68 (betr. § 253).

[5]) Übereinstimmend RG. v. 10. Jan. 1880 E **1** 55.

[6]) Übereinstimmend RG. v. 22. Jan. 1880 R I 261.

[7]) So RG. v. 3. Dez. 1880 R II 599; RG. v. 30. April 1881 E **4** 167 (letzteres Urteil betr. § 253); Rüdorff-Stenglein, Note 5.

[8]) Übereinstimmend RG. v. 11. Dez. 1882 E **7** 379 (betr. § 253).

[9]) Entgegengesetzt RG. v. 30. April 1881 E **4** 167. Übereinstimmend RG. v. 7. Juli 1884 E **11** 72.

[10]) Übereinstimmend Frank, ZStrW **14** 404.

II.

Wenn auch derart manche Einzelheiten zweifelhaft sein mögen, jedenfalls steht der Grundsatz fest, daß die Verwirklichung eines Rechtsanspruchs niemals einen rechtswidrigen Vermögensvorteil darstellt. Überaus bestritten aber ist, ob sich der Begriff der Rechtswidrigkeit in dem Sinne des § 263 in dem Fehlen eines Rechtsanspruchs auf den Vorteil erschöpft, ob also ein Vermögensvorteil, auf dessen Erlangung kein Recht besteht, schon dadurch begrifflich zu einem rechtswidrigen wird, daß er in betrüglicher Weise erwirkt worden ist. Diese schon von Temme [11]) angedeutete Ansicht wird vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung vertreten [12]). Der Vorentwurf (§ 276) will diese Judikatur des Reichsgerichts gesetzlich sanktionieren, indem er den »rechtswidrigen Vermögensvorteil« des § 263 StGB. in einen »unrechtmäßigen Gewinn« verwandelt; und im Kommissionsentwurf ist diese Formulierung durch die noch deutlichere »Vermögensvorteil, auf den kein Anspruch besteht« ersetzt [13]). In der Literatur hat diese Auslegung des Tatbestandsmerkmales des widerrechtlichen Vermögensvorteiles kaum Anklang gefunden [14]), weil sie schon mit dem Wortsinn des gesetzlichen Tatbestandes unvereinbar sei (»wider« das Recht, sei nicht »ohne« Recht), und weil sie bei der Erpressung zu unerträglichen Resultaten führe [15]). Beide Einwände erscheinen mir gewichtig, aber nicht zwingend.

Zwingend widerlegt wird die Ansicht des Reichsgerichts durch ihren inneren Widerspruch. Erschöpft sich der Begriff der Widerrechtlichkeit in dem Negativen, daß kein Rechtsanspruch auf den Vorteil besteht, so kann das positive Moment, das die Widerrechtlichkeit ausmacht, allein darin liegen, daß der Vorteil durch die betrügerische Handlung des Täters herbeigeführt ist. Das ist unzweifelhaft und vom Reichsgericht selbst vielfach ausgesprochen worden [16]). Wenn aber

---

[11]) »Betrug« S. 99.

[12]) RG. v. 10. Nov. 1879 R I 48; RG. v. 10. Jan. 1880 E **1** 55; RG. v. 22. Jan. 1880 R I 261; RG. v. 7. April 1881 R III 202; RG. v. 11. Juni 1881 E **4** 279; RG. v. 13. Juni 1881 R III 386; RG. v. 20. Okt. 1881 R III 629; AG. v. 17. Dez. 1881 E **5** 352; RG. v. 1. Juli 1884 R VI 493; RG. v. 5. März 1888 E **17** 233; RG. v. 18. Mai 1886 E **14** 135; RG. v. 18. März 1889 E **19** 161; RG. v. 10. Nov. 1890 E **21** 107.

[13]) Ebermeyer S. 78.

[14]) Den Standpunkt des Reichsgerichts teilen: Oppenhoff, N. 6, 11; Geyer II S. 58; Katz, Ger.S. **31** 443; Rüdorff-Stenglein, Note 5; v. Wächter S. 458.

[15]) v. Liszt, Lehrb. S. 482; Merkel HH III 773; Binding, Ger.S. **77** 54; GE. Begr. S. 294; Eckstein, Ger.S. **78** 150 ff.

[16]) Vgl. die Note 12 zitierten Entscheidungen; insbes. R III 386: »In dem betrüglicherweise erwirkten Vermögensvorteil liegt schon begrifflich die Rechtswidrigkeit desselben«; ähnlich E **14** 135 (141).

die Herbeiführung im Wege der Täuschung an sich bereits den Vermögensvorteil zu einem widerrechtlichen macht, so kann diese Widerrechtlichkeit nicht dadurch entfallen, daß ein Recht auf den Vorteil bestand. Denn der Zweck heiligt nicht die Mittel. Da aber nach dem oben zu I. Gesagten ein Vermögensvorteil, auf den ein Anspruch besteht, niemals widerrechtlich ist, kann also das Mittel der Täuschung allein nicht die Widerrechtlichkeit herbeiführen. Es muß vielmehr noch ein weiteres positives Erfordernis hinzutreten.

III.

Wir gelangen somit zu der in der Literatur allgemein anerkannten Ansicht, daß ein widerrechtlicher Vermögensvorteil nicht schon der ist, auf den kein Rechtsanspruch besteht, sondern nur ein solcher, der dem Recht widerstreitet [17]). In diesem Sinne spricht Gegenentwurf **§ 321** von einem »dem Recht zuwiderlaufenden Vermögensvorteil«. Man muß sich von vornherein darüber klar sein, daß mit solcher Formulierung das Problem gestellt, aber nicht gelöst ist. Die große Frage ist eben, wann im Einzelfall ein Vermögensvorteil dem Recht widerstreitet.

Keine praktische Lösung des Problems bringt die beliebte Formulierung, rechtswidrig sei der Vermögensvorteil, der dem Bereicherten im Wege der Zivilklage wieder abgenommen werden kann [18]). Denn wir finden im Zivilrecht nirgends Rechtssätze, nach denen ein Vermögensvorteil, insbesondere ein durch Täuschung erlangter Vorteil, herausgegeben werden müsse. Betteln ist strafbar; trotzdem ist der mittels Bettelei erlangte Vorteil nicht rechtswidrig; der Bettler muß ihn nicht herausgeben. Dasselbe gilt vom Lohn der nicht eingeschriebenen Dirne, vom Erlös der unter Verletzung der Sonntagsruhe verkauften Ware usw. [19]). Heiligt der Zweck nicht die Mittel, so macht umgekehrt die Anwendung eines verbotenen Mittels den dadurch erzielten Vermögensvorteil nicht zu einem rechtswidrigen. So bleiben die beliebten allgemeinen Erörterungen über die Abhängigkeit des § 263 StGB. vom Zivilrecht [20]) ohne praktisches Ergebnis. Dagegen stößt uns das Zivilrecht sozusagen mit der Nase auf das,

---

[17]) So außer den in den folgenden Noten Genannten: v. Liszt, Lehrb. S. 482; Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 548; v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht III S. 15 N. 18; Thomsen, Lehrb. S. 406; v. Schwarze, Note 10; Koffka in »Reform des Reichsstrafgesetzbuches« II 386.

[18]) Waag, Ger.-Saal **31** 250; Schumann, »Die Anwendbarkeit der §§ 263 und 263, 43 bei mangelndem Kondiktionsrecht des Getäuschten«. Bennecke-Beling, Heft 138 S. 71. Dagegen (wie im Text) Koffka a. a. O.

[19]) Weitere Beispiele bringt Binding, Normen II 2 S. 1072.

[20]) Vgl. u. a. Koffka, Hegler, Schumann a. a. O.; bei letzterem Literaturnachweis.

was in Wahrheit beim Betrug rechtswidrig ist, nämlich den Schaden. Wer einen anderen durch arglistige Täuschung am Vermögen beschädigt, muß ihm nach § 826 BGB. den Schaden ersetzen, und dieser Schadensersatz besteht nach § 249 BGB. in der Herstellung des Zustandes, der ohne die Täuschung bestehen würde. Dieser Schade kann materiell zurückverlangt, prozessual gesprochen, mit der Klage geltend gemacbt werden; er widerstreitet dem Recht, ist also widerrechtlich. Widerrechtlich bleibt der Schaden auch, wenn sich [21]) der Betrüger um ihn bereichert, der Schade des Geschädigten also zum Vorteil des Bereicherten wird. In dieser, und nur in dieser Konstellation ist der Vermögensvorteil rechtswidrig, und zwar nicht wegen des Weges, auf dem er erlangt ist, sondern wegen des Stoffes, aus dem er besteht. Widerrechtlich ist der Vermögensvorteil also bei Stoffgleichheit von Nutzen und Schaden. Diese ist das gesuchte zweite Kriterium der Widerrechtlichkeit, das zu dem oben I. erörterten Fehlen eines rechtlichen Anspruchs des Bereicherten auf den Vorteil hinzutreten muß. Wie bei der patentfähigen Erfindung die Kombination zweier bekannter technischer Elemente einen über die Summe der bekannten Wirkungen dieser Elemente hinausgehenden überraschenden Erfolg erzielt, so erzeugt das Zusammentreffen der Stoffgleichheit von Vorteil und Schaden mit dem Mangel eines Rechtsanspruchs auf den Schaden das Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit, durch das der Betrug sein charakteristisches Gepräge erhält. Erst hierdurch wird der Betrug aus der Menge der gewinnsüchtigen Verbrechen (schwere Urkundenfälschung, Personenhehlerei) herausgehoben und den Bereicherungs-, den Vermögensverschiebungsdelikten (Diebstahl, Raub, Erpressung, Unterschlagung) eingereiht, unter denen er sich durch die Art der Begehung, die Irrtumserregung, auszeichnet. Entdeckt ist der Grundsatz der Stoffgleichheit von Vorteil und Schaden durch Adolf Merkel [22]); seine Durchbildung in der modernen Betrugslehre verdanken wir Binding [23 24]).

---

[21]) Oder wenn durch den Betrüger ein Dritter bereichert wird. Diese Möglichkeit wird im folgenden nicht jedesmal ausdrücklich erwähnt.

[22]) Krim. Abh. II S. 117 ff. und HH III 772.

[23]) Lehrb. S. 363; Normen II 2 S. 1069 ff.

[24]) Auf demselben Standpunkt stehen außer den im folgenden Genannten Olshausen, Noten 45/46; v. Buri, Ger.-Saal **29** Beilageheft S. 67; Lilienthal, Grundriß, 3. Aufl. S. 63, RG. v. 9. März 1881 E **3** 492 (betr. § 253, aber unter Hinweis auf § 263), und im Ergebnis Hegler RVgl. D. Bes. Teil VII S. 432 Note 2, S. 433 Note 1, S. 435 Note 1, S. 528 insofern, als er zwar die Rechtswidrigkeit definiert wie das Reichsgericht, aber nur bei Gleichheit des Stoffes von Vorteil und Schaden einen tatbestandsmäßigen Vermögensvorteil annimmt.

IV.

Die Widerrechtlichkeit des Vermögensvorteils rührt nach dem Gesagten aus der Handlung des Betrügers her. Insofern stimmt der Grundsatz der Stoffgleichheit von Schaden und Vorteil mit der Auffassung des Reichsgerichts überein. Der Unterschied beider Auffassungen besteht lediglich darin, daß nach der Ansicht des Reichsgerichts jeder durch den Betrüger hervorgerufene unberechtigte Vermögensvorteil rechtswidrig ist, während nach unserer Darlegung eine ganz bestimmte, allerdings auch vom Betrüger herbeigeführte Konstellation, nämlich die Stoffgleichheit von Schaden und Vorteil hinzukommen muß, um den Vorteil rechtswidrig erscheinen zu lassen. Beiden Auffassungen diametral entgegengesetzt aber ist das Postulat, der Vermögensvorteil müsse ohne Rücksicht auf die Handlung des Betrügers an sich rechtswidrig sein. Das ist meines Wissens ausdrücklich nur von Rubo [25]) ausgesprochen und allgemein reprobiert worden. Doch müssen wir auf diese Lehre eingehen, weil sie unerkannt und unausgesprochen, und darum doppelt gefährlich, noch heute eine unheilvolle Verwirrung in die Erörterung des Problems der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils hineinträgt [26]). Nur von diesem Gesichtspunkte läßt sich überhaupt die erstaunliche, aber vielfach aufgestellte Behauptung begreifen, die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils sei stets da ausgeschlossen, wo dem Geschädigten die Rückforderung des Vorteils mit der Bereicherungsklage, der condictio, versagt sei [27]). Infolgedessen wird z. B. die Rechtswidrigkeit des betrügerischen Spielgewinnes oder des durch unerlaubte Rechtsgeschäfte erworbenen Vorteils unter Hinweis auf §§ 762 I 2, 817 BGB. mit der Begründung verworfen, daß das Strafrecht nicht die Entziehung von Gewinn bestrafen könne, wenn das Zivilrecht die Rückforderung ausschließe. Aber niemand, der betrogen ist, wird so töricht sein, den erlittenen Nachteil mit dem schwächlichen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückzuverlangen. Auf die condictio ist angewiesen, wer irrtümlich eine Nichtschuld zahlte, wer einen Vertrag wegen Irrtums angefochten hat, wer eine Leistung in Erwartung eines später

[25]) Note 4: der Vorteil müsse »an sich, also absolut und objektiv rechtswidrig« sein.

[26]) Ein Beispiel für viele: Eckstein, Ger.-Saal 78 152, wo offensichtlichen Betrugsfällen die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils mit der Begründung abgesprochen ist, daß der Bereicherte aus einem durch den Betrüger veranlaßten Vertrag ein Recht auf den Vermögensvorteil erlangt habe.

[27]) Diese Ansicht wird sonderbarerweise in der Literatur fast nirgends bei der Definition des Begriffes der Widerrechtlichkeit ausgesprochen, sondern bei der Erörterung des Betruges bei unerlaubten Rechtsgeschäften; hier kann aber diese bekämpfte Ansicht als die herrschende angesehen werden; vgl. Schumann a. a. O. S. 84 ff. und die dort Zitierten.

nicht zustande gekommenen Vertragsschlusses gemacht hat, und endlich — wer als verbohrter Betrugstheoretiker davon abstrahiert, daß Schaden und Vorteil durch eine unerlaubte, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung des Betrügers verursacht sind. Wer dagegen den ihm durch Falschspiel entzogenen Verlust mit der Klage aus unerlaubter Handlung zurückfordert, braucht nicht zu fürchten, mit Rücksicht auf §§ 762, 817 BGB. abgewiesen zu werden [28]), und deshalb braucht der Strafrechtler, trotz Versagung der condictio, nicht zu fürchten, mit dem Zivilrecht in Widerspruch zu geraten, wenn er betrügerischen Spielgewinn, durch Täuschung erschlichenen Vorschuß auf niemals besorgte Schleichhandelsware u. dgl. für rechtswidrigen Vermögensvorteil erachtet [29]).

Aber selbst die Versagung des Schadensersatzanspruchs im Einzelfall beweist noch nichts gegen die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils [30]), denn das Zivilrecht kann trotz Mißbilligung einer Vermögensverschiebung deren Rückgängigmachung aus besonderen Gründen, z. B. mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit, ausschließen. Wenn z. B. der Betrüger eine ihm geliehene Sache einem gutgläubigen Dritten schenkt und dieser sie verbraucht, so hat der Geschädigte gegen den bereicherten Dritten weder einen Schadensersatzanspruch, noch einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, und doch war die Bereicherung des Dritten widerrechtlich.

Aus diesem Grunde ist die übliche Verweisung auf die Grundsätze des Zivilrechts, auf die Existenz eines Rückforderungsanspruchs oder die Möglichkeit der klageweisen Geltendmachung in den Definitionen der Widerrechtlichkeit des Vermögensvorteils überflüssig, irreführend und zum Teil geradezu falsch. Überflüssig, weil ein Vermögensschaden, der durch arglistige Täuschung verursacht würde, stets in Widerspruch mit den Grundsätzen des Privatrechts zugefügt ist und bei Stoffgleichheit von Vorteil und Schaden dasselbe auch von Vorteil gelten muß; irreführend, weil durch solche Verweisung auf die Grundsätze des Privatrechts der Glaube erweckt werden kann, als ob die Stoffgleichheit von Schaden und Vorteil nicht allein genüge, die Widerrechtlichkeit zu begründen, während in Wahrheit ein Recht des Bereicherten auf den Vorteil erforderlich ist, um die an sich durch die Stoffgleichheit begründete Widerrechtlichkeit auszuschließen; falsch aber ist das Erfordernis, daß der Vorteil im Einzelfall im Wege der

[28]) RG. v. 21. Sept. 1908 RGZ. **70** 4; vgl. auch RG. v. 29. Mai 1906 RGZ. **63** 346 ff., insb. 355.

[29]) Übereinstimmend Binding und wohl auch Koffka a. a. O.

[30]) Eine andere Frage ist die, ob nicht die Strafbarkeit solcher Fälle aus anderen Gesichtspunkten als dem der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils entfällt; vgl. Kohler, Treu und Glauben S. 43, Pröll, Goldt.Archiv **63** 418.

Zivilklage zurückgefordert werden können müsse, um widerrechtlich zu sein [31]).

Ebenso so unrichtig, wie die Ansicht des Reichsgerichts, nach der schon die Verursachung durch Täuschung den Vermögensvorteil zu einem widerrechtlichen macht, ist also die verbreitete Auffassung, die Widerrechtlichkeit des Vermögensvorteils müsse durch gewisse, außerhalb des Rahmens des gesetzlichen Betrugstatbestandes liegende Umstände nach zivilistischen Grundsätzen begründet werden. Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils folgt vielmehr, soweit kein Recht des Bereicherten auf den Vorteil besteht, einzig und allein aus einer eigentümlichen Konstellation im Rahmen des Betrugstatbestandes selbst, nämlich aus der Stoffgleichheit von Vermögensvorteil und Vermögensbeschädigung.

V.

Die große praktische Schwierigkeit der Frage beginnt erst mit der Untersuchung, in welchen konkreten Einzelfällen Stoffgleichheit von Nutzen und Schaden vorliegt, mit anderen Worten, welcher faktische Vorgang sich abspielen muß, um Stoffgleichheit von Nutzen und Schaden herbeizuführen. Es springt in die Augen, daß diese Konstellation dadurch zustande kommen kann, daß der Geschädigte einen Vermögensbestandteil aus seinem Vermögen weggibt und der Bereicherte ihn seinem Vermögen einverleibt. Demgemäß kommt es nach Hälschner [32]), Merkel [33]), Hegler [34]), Schwartz [35]) und anderen [36]) »wesentlich darauf an, daß der dem Vermögen des Beschädigten entzogene Wert in das Vermögen des Betrügers übergeht«. So sicher durch einen solchen tatsächlichen »Übergang« von Vermögensbestandteilen [37]) Stoffgleichheit von Vorteil und Schaden erzielt wird, so sicher wird durch Statuierung des »Übergangs« als einzigen Falles der Widerrechtlichkeit der Begriff des Betruges in unerträglicher Weise eingeengt. Nach dieser Auffassung würde sich z. B. keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschaffen, wer seinen Konkurrenten durch Täuschung von einem lukrativen Geschäft abhält und selbst den Gewinn einsteckt,

---

[31]) Wir wenden uns damit gegen Formulierungen, wie die von Frank, Lilienthal, Schumann a. a. O. Wie im Text Binding und Koffka a. a. O.

[32]) Lehrb. II 1 S. 273.

[33]) Abh. II 118 verlangt Merkel ausdrücklich, daß der Vorteil aus dem Vermögen des Geschädigten stamme und von dem Bereicherten »angeeignet« werde.

[34]) a. a. O. S. 433.

[35]) Note 8b.

[36]) Eckstein, Ger.-Saal **78** 149 ff., insbes. 152, allerdings nach S. 154 schon mit gewisser Einschränkung.

[37]) D. s. Rechte, Güter, Werte, geldwerte Güter, geldwerte Rechte, je nach der Vermögensdefinition, die man für richtig hält. Auf diese Frage kommt es hier nicht an.

denn in diesem Fall findet kein Übergang von Vermögensstücken von dem Geschädigten auf den Bereicherten statt [38]).

So gelangte man vielfach zu einer Abschwächung des Erfordernisses der Stoffgleichheit von Nutzen und Schaden. Birkmeyer [39]) und Binding [40]) sprechen davon, daß der Vorteil »auf Kosten« des Geschädigten erlangt sein müsse, ohne zu sagen, ob eine solche Bereicherung auf Kosten des Geschädigten nur bei Übergang der Vermögensstücke von dem Geschädigten auf den Bereicherten vorliege oder auch in anderer Weise zustande kommen kann. Auch Hegler [41]) verzichtet, wenigstens »in bezug auf den ökonomischen Effekt«, darauf, daß sich Bereicherung und Schädigung »absolut entsprechen«, und läßt einen »Zusammenhang der beiden Seiten« genügen — immerhin eine sehr bedeutende Einschränkung des Postulats der Stoffgleichheit von Nutzen und Schaden vom Standpunkt desjenigen, der im ökonomischen Effekt das Wesen des Vermögensvorteils und der Vermögensbeschädigung erblickt [42]). Schütze [43]) lehnt ausdrücklich das Erfordernis der »Gleichheit« von Vorteil und Schaden ab und hält eine »Wechselbeziehung« zwischen beiden für ausreichend.

Mit der Aufgabe des Postulats des »Überganges« des Schadens in den Vorteil fällt in der Literatur der praktische Unterschied zwischen der Auffassung des Reichsgerichts und der Theorie der Stoffgleichheit von Nutzen und Schaden, denn Begriffe, wie »Wechselbeziehung zwischen Nutzen und Schaden«, »Zusammenhang von Vorteil und Beschädigung« oder »Bereicherung auf Kosten des Beschädigten«, enthalten im Grunde weiter nichts als das selbstverständliche, auch vom Reichsgericht anerkannte Erfordernis des Kausalzusammenhanges zwischen der Handlung des Betrügers und dem Vermögensvorteil; im übrigen aber sind sie viel zu unbestimmt, um klare Richtlinien für die Entscheidung konkreter Einzelfälle zu geben. Die Einzelfälle werden hier vielmehr ohne innere logische Beziehung zu der Frage der Stoffgleichheit nach dem Rechtsgefühl entschieden, und die aufgestellten Grundsätze werden zum Deckmantel für eine Behandlung der Frage, die als mageres praktisches Ergebnis nur die willkürliche Entscheidung einzelner typischer Fälle bringt. Nicht logische Erwägungen, sondern diese praktische Unfruchtbarkeit haben offensichtlich das Reichsgericht dazu geführt, das Erfordernis der Stoffgleichheit von Vorteil und Schaden fallen zu lassen.

---

[38]) Merkel, Abh. II 117 ff.

[39]) Encycl. S. 1177.

[40]) Lehrb. S. 364; ähnlich auch Eckstein, Ger.-Saal 78 154.

[41]) a. a. O. S. 433.

[42]) a. a. O. S. 426. Darauf dürften auch die Ausführungen bei Olshausen a. a. O. hinauslaufen.

[43]) Lehrb. S. 471 Note 7.

So haben wir in der Wissenschaft und Rechtsprechung zwei Theorien über die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils beim Betrug, eine praktisch durchführbare, die aber an innerem logischen Widerspruch leidet und zu unerwünschten Ergebnissen führt, und eine theoretisch unzweifelhaft richtige, deren Verwertung zur Entscheidung praktischer Einzelfälle noch nicht gelungen ist.

Des Übels Wurzel ist die hergebrachte kasuistische Behandlung aller Betrugsfragen. Nicht nur bei der Frage der Widerrechtlichkeit des Vermögensvorteils ist es üblich geworden, die Lehren zunächst einmal an dem primitiven Fall des Warenbetrugs, das heißt der körperlichen Hingabe von Sachen gegen kein oder ein ungenügendes Äquivalent zu entwickeln und sie dann, so schlecht und recht es geht, auf anders gelagerte Fälle zu übertragen, auf die sie gar nicht passen können. Auch der Satz, Stoffgleichheit von Nutzen und Schaden könne nur bei »Übergang« von Vermögensbestandteilen aus dem Vermögen des Geschädigten in das des Bereicherten vorkommen, ruht auf der falschen Vorstellung, daß der Warenbetrug die einzig mögliche Betrugsform sei, an der man allgemeingültige Regeln entwickeln könne. So ruht die Schwierigkeit, die das Problem der Widerrechtlichkeit des Vermögensvorteils bisher bereitete, gar nicht im Begriff der Widerrechtlichkeit selbst, sondern in der beschränkten Vorstellung, die man sich von den vielgestaltigen Formen machte, in denen der Vermögensvorteil und die Vermögensbeschädigung auftreten können.

VI.

Vermögensvorteil ist eine Verbesserung der Vermögenslage des Bereicherten, ist also ein Mehr an Vermögensbestandteilen, das heißt an Werten oder am Wert, wenn man das Vermögen ökonomisch, ein Mehr an Sachen oder Rechten, wenn man es juristisch definiert. Jedenfalls ist der Vorteil eine Steigerung, ein Komperativ, folgt also aus der Vergleichung zweier Vermögenszustände. Da uns nur der Vermögensvorteil interessiert, der nach der Absicht [44]) des Täters durch seine Handlungsweise v e r u r s a c h t wird, kommen für diese Vergleichung nur zwei Vermögenszustände in Frage: erstens der Zustand, in dem sich das Vermögen des Bereicherten nach und infolge des Betrugs befindet, und zweitens der Zustand, in dem sich das Vermögen des Bereicherten im selben Zeitpunkt befinden würde, wenn der Betrug unterblieben wäre. Wenn in dem ersten Zustand das Vermögen größer ist als im zweiten, liegt ein Vermögensvorteil vor, und sonst nicht. In welchem

[44]) Wenn auch das Gesetz nicht die Herbeiführung eines Vermögensvorteiles zur Vollendung des Betruges, sondern nur eine darauf gerichtete Absicht des Täters verlangt, so muß man nach allgemeiner richtiger Auffassung immer den objektiven Sachverhalt prüfen, dessen Herbeiführung der Täter beabsichtigte.

Zustand sich das Vermögen vor dem Betrug befunden hat, ist begrifflich gleichgültig. Der status quo ante bestimmt lediglich die äußere Form, in der im Einzelfall sich der Vermögensvorteil historisch entwickelt; für das Ergebnis dieser Entwicklung aber ist er nebensächlich.

Ist der status quo ante gleich dem (hypothetischen) Vermögenszustand, der bei unterbliebenem Betrug bestehen würde, so entwickelt sich der Vermögensvorteil in der Weise, daß Bestandteile, die vorher nicht im Vermögen des Bereicherten waren, nach und infolge der Handlung des Betrügers in das Vermögen des Bereicherten gelangen. Diese Vermögensbestandteile, um die das Vermögen nach der Tat größer ist, als es im hypothetischen Status (bei weggedachter Tat) wäre, sind der Vermögensvorteil. Das ist der Fall der positiven Vermögensvermehrung, des lucrum emergens. Sein wichtigster Unterfall ist der Warenbetrug. An diesen Fall denkt die bisherige Betrugslehre — wie gesagt — fast ausschließlich, so daß ihr die Möglichkeit eines Auseinanderfallens des status quo ante und des hypothetischen Vermögenszustandes überhaupt entgangen ist [45]).

Wird, was oft genug geschieht, diese Möglichkeit zur Wirklichkeit, dann entsteht der Vermögensvorteil im Einzelfall folgendermaßen: das Vermögen des Bereicherten ändert sich faktisch überhaupt nicht; der status quo ante und der Vermögenszustand nach der Tat bleiben gleich; aber ohne die Tat wäre das Vermögen geringer geworden. Das ist der Fall der Ersparnis, der verhinderten Vermögensminderung, des damnum cessans. Nur in der tatsächlichen Entstehung, nicht im wesentlichen Ergebnis, unterscheidet er sich von dem Fall der positiven Vermögensmehrung. Der Effekt, der sich aus der Vergleichung des hypothetischen Vermögenszustandes und faktischen Vermögenszustandes nach der Tat ergibt, ist genau derselbe. Es fehlen im hypothetischen Zustand Vermögensbestandteile, die im faktischen Zustand nach der Tat vorhanden sind. So zerfällt der Begriff des Vermögensvorteils in die beiden Unterbegriffe der Vermögensvermehrung (lucrum emergens) und den der verhinderten Vermögensverminderung (damnum cessans) [46]).

---

[45]) Angedeutet ist diese Möglichkeit bei v. Liszt, »Deliktsobligationen« S. 62 Note 1. Wie im Text Oborniker, MKrimPsych. **6** 495.

[46]) Im Ergebnis übereinstimmend: Preuß. O. T. v. 24. März 1871 Goldt. Archiv **19** 320; RG. v. 3. Juli 1882 R IV 669; ähnlich Wachenfeld, Lehrb. S. 409; Olshausen, Note 44. Die moderne Betrugslehre versucht aber ganz überwiegend die Fälle des damnum cessans mehr oder minder bewußt und gewaltsam in lucrum emergens umzudeuten. So wird ein Vermögensvorteil erblickt im »Behalten eines schon erlangten Vorteils« (Hegler a. a. O. S. 432 Note 4; Meyer-Allfeld S. 547; RG. v. 7. Mai 1880 E **2** 53) oder »in der Abwehr drohender Schädigung« (v. Liszt, Lehrb. S. 481; Olshausen, Note 43;

Diese beiden Fälle sollen in Fig. 1 veranschaulicht werden. Es bedeutet hier:

die von der zusammenhängenden Linie umschlossene Fläche: das Vermögen des Bereicherten nach der Tat;

die durch die durchbrochene Linie abgetrennte Fläche: die Vermögensbestandteile, die ohne die Tat (also im hypothetischen Vermögenszustand) im Vermögen des Bereicherten fehlen würden;

die schraffierte Fläche: das Vermögen vor der Tat (status quo ante).

Links sehen wir in Fig. 1 den Fall der positiven Vermögensvermehrung dargestellt. Vor der Tat ist das Vermögen klein (schraffierte Fläche), nach der Tat größer (voller, von fortlaufender Linie umschlossener Kreis); ohne die Tat, also im hypothetischen Zustand, wäre das Vermögen so groß, wie es vor der Tat war. Das Vermögen ist also nach und infolge der Tat um den weißen, mit l_e bezeichneten Zwickel, das lucrum emergens, vergrößert worden.

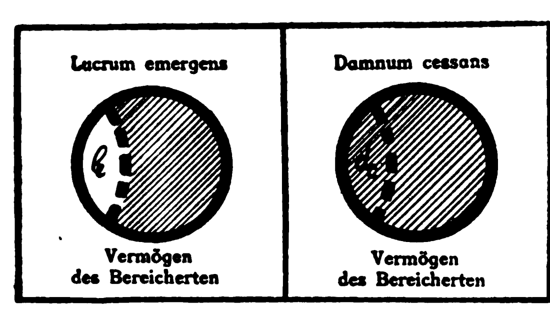


Fig. 1. Die beiden Formen des Vermögensvorteils.

Rechts sehen wir in Fig. 1 den Fall der verhinderten Vermögensverminderung. Faktisch hat sich hier am Vermögen überhaupt nichts geändert; der status quo ante (schraffierte Fläche) und der Zustand nach der Tat (voller, abgerundeter Kreis) sind gleich. Aber ohne die Tat, also im hypothetischen Zustand, wäre das Vermögen um den mit d_c bezeichneten, durch die unterbrochene Linie abgetrennten Zwickel, also um das damnum cessans, kleiner geworden.

In Fig. 1 prägt sich aus, daß nur der hypothetische und der faktische Zustand nach der Tat für das Ergebnis des Vermögensvorteils von Bedeutung sind: in bezug auf die den faktischen Zustand andeutende fortlaufende und die den hypothetischen Zustand bezeichnende durchbrochene Linie zeigen die beiden Abbildungen in Fig. 1 gar keine Abweichung voneinander. Der einzige Unterschied liegt in der den status quo ante andeutenden Schraffierung, wodurch gezeigt wird, daß sich lucrum emergens und damnum cessans im Einzelfall nur durch ihre Genesis unterscheiden.

RG. v. 4. März 1910 Goldt.Archiv **57** 403), während der Vorteil in Wahrheit in der Verhinderung des sonst sicheren Eintrittes einer Vermögensbeschädigung besteht; vgl. Pröll, Goldt.Archiv **66** 195. Grundsätzlich entgegen Kohler, Goldt.Archiv **39** 181.

VII.

Das Gesagte gilt mutatis mutandis auch von der Vermögensbeschädigung, die also nicht nur in einer positiven Vermögensverminderung (damnum emergens), sondern auch in der Verhinderung einer Vermögensvermehrung (lucrum cessans) bestehen kann [47]. Das ist in Fig. 2 dargestellt. Links sehen wir in Fig. 2, daß im Falle des damnum emergens das Vermögen vor der Tat (schraffierte Fläche) und im hypothetischen Zustand bei weggedachter Tat (voller Kreis, gebildet aus der unterbrochenen und der durchgezogenen Linie) gleich groß sind; das heißt, das Vermögen würde sich ohne die Tat nicht verändert haben. Nach und infolge der Tat aber ist das Vermögen kleiner, beschädigt (von der durchgezogenen Linie umschlossene Sichel). Die Vermögensbeschädigung ist also so zustande gekommen, daß der mit d_e bezeichnete Zwickel, das damnum emergens, faktisch aus dem Vermögen des Geschädigten entfernt worden ist.

Die rechte Abbildung der Fig. 2 zeigt, wie im Falle des lucrum cessans das Vermögen vor (schraffierte Fläche) und nach der Tat (von durchgezogener Linie umrahmte Fläche) gleich klein geblieben sind. Eine faktische Verschiebung von Vermögensbestandteilen findet also hier nicht statt. Das Vermögen wäre aber ohne die Täuschung um den mit l_c bezeichneten Zwickel, um das lucrum cessans größer geworden.

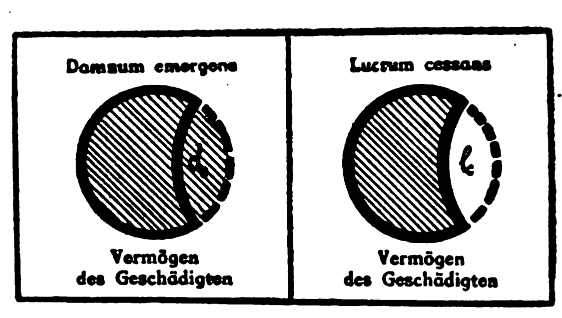


Fig. 2. Die beiden Formen der Vermögensbeschädigung.

Auch in Fig. 2 sehen wir, wie die beiden Formen der Vermögensbeschädigung im wesentlichen Ergebnis, nämlich in bezug auf die Lage der den hypothetischen und den faktischen Vermögenszustand nach der Tat bezeichnenden Linien, vollkommen übereinstimmen. Der einzige Unterschied der beiden Fälle besteht in der schraffierten Fläche, im status quo ante, also nur in dem abweichenden Wege, der zu demselben Ergebnis führt.

---

[47]) Kohler, Treu und Glauben im Verkehr S. 29. RG. v. 14. Jan. 1880 E 1 68; RG. v. 7. Dez. 1882 R III 772. Dagegen kennt die moderne Betrugslehre nur mehr den Fall des damnum emergens und versucht mit Hilfe des Vermögensbegriffes und falsch ausgelegter zivilrechtlicher Vorschriften die Gewinnvereitelung als einen Unterfall des damnum emergens zu konstruieren. Vgl. hierüber eingehend Pröll, Goldt.Archiv 66 124 ff., 339 ff.

VIII.

Die beiden Formen des Vermögensvorteils und die beiden Formen des Vermögensschadens ergeben vier mögliche Kombinationen des Zusammentreffens von Vermögensvorteil auf seiten des Bereicherten mit Vermögensschaden auf seiten des Geschädigten [48]). Diese vier Kombinationen sollen im folgenden darauf untersucht werden, ob und wann bei ihnen Stoffgleichheit von Vorteil und Schaden vorliegen kann. Dazu bedienen wir uns des schon gebrauchten figürlichen Schemas. Die Bedeutung der Linien und Schraffierung ist dieselbe wie bisher. Nur ist jetzt in jeder Figur links das Vermögen des Geschädigten, rechts das des Bereicherten dargestellt. Die Pfeile stellen den Weg dar, den die Bestandteile gehen, und zwar die durchgezogenen Pfeile den Weg, der tatsächlich nach und infolge der Täuschung zurückgelegt worden ist, die durchbrochenen Pfeile den (hypothetischen) Weg, der ohne die Täuschung gemacht worden wäre, aber nach und infolge der Täuschung unterblieb.

1. Fall des Zusammentreffens von damnum emergens mit lucrum emergens.

Das ist der der bisherigen Betrugslehre einzig bekannte Fall. Bei ihm kann, wie von der herrschenden Lehre mit Recht anerkannt ist, Stoffgleichheit von Vorteil und Schaden vorliegen, nämlich dann, wenn das damnum emergens in das Vermögen des Bereicherten »übergeht« [49]) und so dort lucrum emergens wird. Beispiel: der Warenbetrug. Fig. 3.

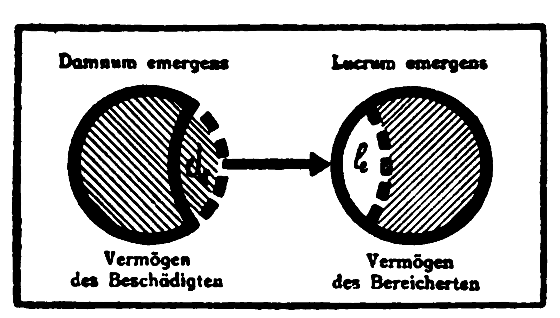


Fig. 3. Übergang von damnum emergens in lucrum emergens.

Damnum emergens kann auch so mit lucrum emergens zusammentreffen, daß keine Stoffgleichheit von Vorteil und Schaden zustande kommt. Beispiel: A. veranlaßt aus Haß gegen B. den C. durch Versprechen einer Belohnung, den B. durch Täuschung am Vermögen zu beschädigen. B. erleidet damnum emergens, C. erlangt ein lucrum emergens. Ein anderes gleichliegendes

---

[48]) Nicht zu verwechseln mit dem Zusammentreffen von Vermögensvorteil und Vermögensschaden in bezug auf dasselbe Vermögen, also auf das des Geschädigten oder des Bereicherten. Das hat nichts mit der Frage der Widerrechtlichkeit des Vermögensvorteils, sondern mit dem in seiner praktischen Bedeutung allgemein überschätzten Problem der Vorteilsausgleichung zu tun.

[49]) S. o. V.

Beispiel: C. sitzt gegen Entgelt für den Verurteilten A. eine Freiheitsstrafe ab. Der Staat ist um die Kosten der Strafvollstreckung geschädigt; C. ist um die von A. bezahlte Belohnung bereichert [50]). Fig. 4. Hier fehlt also die Rechtswidrigkeit des von C. erworbenen Vermögensvorteils. Das erste Beispiel kann auch so liegen, daß das dem B. entzogene damnum emergens in das Vermögen eines dritten D. übergeht; dann kann D. rechtswidrig bereichert sein, und die außerdem vorliegende Bereicherung des C. spielt keine Rolle; in dieser Variante des Falles liegt zwischen B. und D. die in Fig. 3 dargestellte Situation vor. Natürlich muß noch stets untersucht werden, ob die aus fremdem Schaden stoffgleich bereicherte Person nicht ein Recht auf Übertragung dieses Stoffes gegen die geschädigte Person hatte; hier muß, wenn mehrere Bereicherte und Beschädigte in Frage kommen, stets genau unterschieden werden.

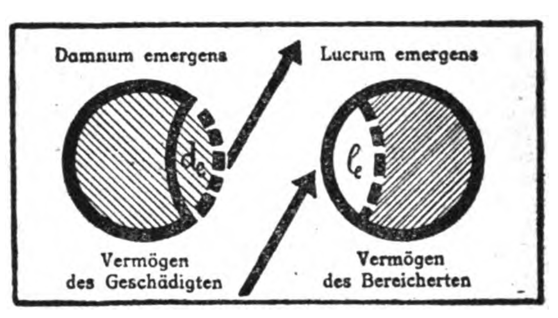


Fig. 4. Zusammentreffen von damnum emergens und lucrum emergens ohne Stoffgleichheit.

2. Fall des Zusammentreffens von lucrum cessans mit damnum cessans.

Auch hier kann Stoffgleichheit vorliegen; z. B. A. entzieht sich der Bezahlung einer Spielschuld an B., die er mit Rücksicht auf seine gesellschaftliche Stellung sonst hätte bezahlen müssen, durch die falsche Vorspiegelung, einer der übrigen Mitspieler habe falsch gespielt. Fig. 5. Irgend eine faktische Vermögensverschiebung erfolgt nicht, weder eine Zahlung, noch etwa Untergang einer Forderung, die ja hier überhaupt nicht bestand. Da aber A. ohne die Täuschung gezahlt hätte, ist er um die ersparte Zahlung bereichert, B. um dasselbe Geld ärmer. Stoffgleichheit von Vorteil und Schaden liegt vor, da dieselbe Summe, dieselben Münzen oder Scheine, die ohne die Täuschung ins Vermögen des B. gekommen wären, tatsächlich im Vermögen das A. verblieben sind.

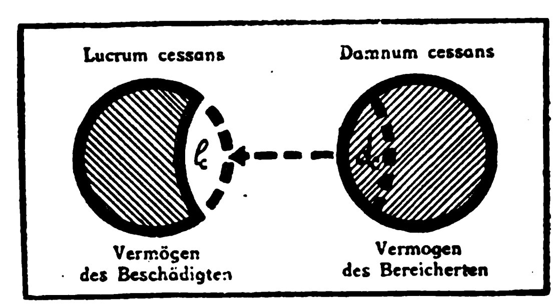


Fig. 5. Zusammentreffen von damnum cessans mit lucrum cessans unter Stoffgleichheit.

[50]) Fall RG. v. 21. Dez. 1881 E 5 278.

Ebenso erwirbt der vollstreckbar zur Herausgabe einer Sache verurteilte Schuldner einen rechtswidrigen Vermögensvorteil, wenn er durch Täuschung seinen Gläubiger von der Zwangsvollstreckung abhält. Beide Teile behalten, was sie haben; eine faktische Verschiebung von Vermögensbestandteilen findet nicht statt. Aber ohne die Täuschung hätte der Gläubiger vollstreckt, hätte also dieselbe Sache in seinem Vermögen, die infolge der Täuschung der Schuldner behält. Wie, wenn im selben Beispiel der Schuldner nicht zur Herausgabe einer Saehe, sondern zur Zahlung einer Geldsumme ve urteilt war? Dann ist der Schuldner um die Pfandobjekte bereichert, die der Gläubiger ohne die Täuschung durch den Gerichtsvollzieher hätte pfänden und versteigern lassen; der Gläubiger aber hätte niemals die Pfandobjekte erhalten, sondern nur den Erlös, so daß hier zunächst die Stoffgleichheit von Nutzen und Schaden zu fehlen scheint. Man wäre fast versucht, das Erfordernis der Stoffgleichheit in voller Schärfe fallen zu lassen und aus dem Gesichtspunkte der Surrogation Gleichheit der Pfandobjekte mit dem aus ihnen erzielten Erlös anzunehmen. Bei genauem Zusehen stellt sich aber auch in diesem Falle absolute Stoffgleichheit von Vorteil und Schaden heraus; und es zeigt sich auch hier, daß das Drehen und Deuteln an den einmal als richtig erkannten Begriffen immer nur durch mangelhafte Beobachtung des kausalen Einwirkens der Handlung des Betrügers auf die Vermögen des Beschädigten und des Bereicherten erforderlich wird. Stoffgleichheit von Vermögensvorteil und Schaden besteht nämlich in dem gegebenen Beispiel in bezug auf das Pfändungspfandrecht, das der Gläubiger durch eine Vollstreckung aus dem Eigentumsrecht des Schuldners an den Pfandobjekten erlangen würde, und das durch das betrügerische Verhindern der Vollstreckung nicht entstanden, genau gesprochen, im Eigentum des Schuldners enthalten geblieben ist.

3. Fall des Zusammentreffens von lucrum cessans mit lucrum emergens.

Auch in dieser Kombination ist Stoffgleichheit möglich, aber nicht notwendig. Stoffgleichheit liegt stets vor, wenn jemand den anderen durch Gewinnvereitelung schädigt, um selbst diesen selben Gewinn einzuheimsen. Beispiel: Der Reisende A. der Firma B. hält durch ein fingiertes Telephongespräch den Reisenden C. der Firma D. von einem Besuch des Kunden E. ab, besucht selber den E. und erhält so für B. den Auftrag, der sonst dem C. für seine Firma D. zugekommen wäre. In Fig. 6 sehen wir links das Vermögen der beschädigten Firma D., rechts das Vermögen des bereicherten »Dritten« B. A. ist Täter, C. der Getäuschte, E. derjenige, aus dessen Vermögen der Gewinn floß, der aber selbst keineswegs getäuscht oder geschädigt zu sein braucht. Eine

faktische Verschiebung von Vermögensbestandteilen, nämlich der Übergang des Gewinns aus dem Vermögen der Firma E. in das der Firma B. findet auch hier statt, aber keineswegs der von der herrschenden Lehre geforderte Übergang aus dem Vermögen des Geschädigten D. in das des Bereicherten B. Trotzdem ist die Stoffgleichheit von Nutzen und Schaden hier ganz außer Frage: derselbe Gewinn, der ohne die betrügerische Handlung in das Vermögen der Firma D. gelangt wäre (punktierter Pfeil), gerät nach und infolge der Täuschung in das Vermögen der Firma B. Zu beachten ist hierbei, daß trotz der Stoffgleichheit von Vorteil und Nachteil der Vorteil zeitlich vor dem Schaden eintreten kann; z. B. die Firma B. liefert früher und erhält daher auch früher Bezahlung von E., als dies bei der Firma D. der Fall gewesen wäre; denn die Vermögensbeschädigung durch Gewinnvereitelung ist erst in dem Augenblick vollendet, in welchem der Gewinn ohne die Täuschung tatsächlich in das Vermögen des Geschädigten gelangt wäre [51]). Diese zeitliche Inversion steht der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils nicht im Wege und kann nur dem widersinnig erscheinen, der, an dem Fall des Warenbetruges klebend, den status quo ante irrtümlich mit dem allein maßgebenden hypothetischen Vermögenszustand bei weggedachter Handlung des Getäuschten identifiziert. Wer aber auf diesen hypothetischen Zustand blickt, bemerkt denselben abgetriebenen Gewinn im Vermögen des Geschädigten, der im faktischen Zustand nach der Täuschung im Vermögen des Bereicherten ist. Der status quo ante, in welchem die den Gewinn bildenden Vermögensobjekte noch im Vermögen des E. ruhten, ist ebenso unwesentlich wie die historische Entwicklung, durch welche diese Vermögensstücke zeitlich früher in das Vermögen des B. gekommen sind, als sie in das des D. ohne die Täuschung gelangt wären. Der Endeffekt genügt vollständig zur Feststellung der Widerrechtlichkeit des Vermögensvorteils. Genau wie das Beispiel mit den beiden Reisenden liegt der Fall, in dem sich jemand als ein dem Kunden als tüchtig empfohlener Handwerker ausgibt und dadurch einen Auftrag erhält, der sonst jenem zugefallen wäre. In diesem viel erörterten Fall wird von der herrschenden Lehre die Widerrechtlichkeit des Vermögens-

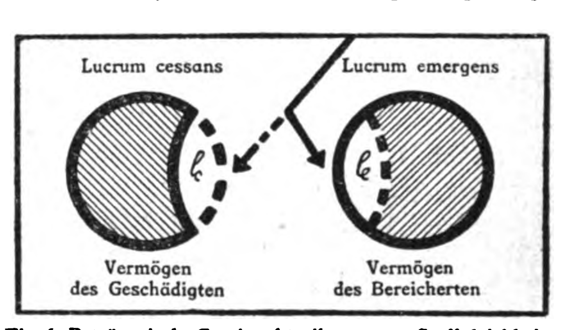


Fig. 6. Betrügerische Gewinnabtreibung unter Stoffgleichheit.

---

[51]) Pröll, Goldt-Archiv **66** 340 zu II.

vorteils zu Unrecht mangels Stoffgleichheit abgelehnt [52]). An der Stoffgleichheit von Nutzen und Schaden ist in bezug auf den entgangenen Gewinn gar nicht zu zweifeln. Ein Recht auf den Gewinn hatte der Betrüger schon deshalb nicht, weil sein Anspruch auf dem erst durch den Betrug zustande gebrachten Vertrag mit dem Kunden ruht, also außer Betracht bleiben muß. Aber selbst wenn der Betrüger den Gewinn von dem Kunden auf Grund eines Rechtsanspruchs ausgezahlt erhält, so spielt das hier keine Rolle, weil nicht der Kunde, sondern der um seinen Auftrag gebrachte Konkurrent geschädigt ist; gegen letzteren müßte der Betrüger einen fälligen Anspruch auf Zahlung einer dem abgetriebenen Gewinn entsprechenden Summe haben, damit die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils entfällt. Der geschädigte Konkurrent würde mit einer auf die Täuschung gegründeten Schadensersatzklage gemäß §§ 826, 252 BGB. auch nur gegen den Betrüger, nicht gegen den Kunden durchdringen. Was die Strafbarkeit des zuletzt erörterten Falles mit dem geprellten Handwerker im Gegensatz zu dem vorigen Beispiel mit den Reisenden äußerst zweifelhaft erscheinen läßt, ist die gänzlich fehlende auch nur relative Identität der Person des Getäuschten und des Geschädigten, hat also mit dem Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit nicht das geringste zu tun. Ist aber die Täuschung nicht gegen den Kunden, sondern gegen den geprellten Handwerker selbst begangen, z. B. durch falsche Angaben über die Solvenz des Kunden, durch die der Getäuschte von der Annahme der Bestellung abgehalten wird, so ist die Strafbarkeit des Falles außer Frage. Stoffgleichheit von Nutzen und Schaden ist auch gegeben, wenn ein Gläubiger seinen konkurrierenden Mitgläubiger durch Täuschung abhält, die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des gemeinsamen Schuldners zu betreiben, und sich so selbst aus den Vermögensstücken befriedigt, die sonst der Getäuschte hätte pfänden lassen. Der Geschädigte ist betrogen um das Pfändungspfandrecht, das er ohne die Täuschung erlangt hätte, das aber nach und infolge der Täuschung in seinem Vermögen fehlt; der Betrüger ist bereichert um dasselbe Pfandrecht, das er ohne die Täuschung niemals erlangt hätte [53]).

---

[52]) U. a. Merkel a. a. O.

[53]) RG. v. 10. Okt. 1890 E **21** 107 sieht in einem ähnlich liegenden Fall die Vermögensbeschädigung darin, daß der geprellte Gläubiger um sein angeblich schon vor Konkurseröffnung bestehendes Recht auf anteilsmäßige Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners geschädigt sei. Ein solches Recht existiert nicht; vielmehr gilt, wie schon die Grundsätze des Anfechtungsgesetzes zeigen, ius praeventionis; bestände ein solches Recht, wäre es doch kein subjektives Recht, sondern ein prozessualer Grundsatz. Das Ganze ist eine Verlegenheitskonstruktion: das Reichsgericht klebt am Schema des Warenbetruges und sucht nach einer effektiven substantiellen Vermögensverringerung. Die fehlt aber gerade überall da, wo der Eintritt von Bestandteilen in das Vermögen des Geschädigten durch den Betrug verhindert wird.

Nichts Wesentliches ändert sich an dieser Sachlage, wenn die Täuschung nicht von dem konkurrierenden Gläubiger, sondern von dem Schuldner selbst ausging, der einen Gläubiger bevorzugen wollte; es liegt dann der vom Gesetz vorgesehene Fall vor, daß nicht der Betrüger selbst, sondern ein »Dritter« bereichert wurde. Für das Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit des Vermögensvorteils ist es auch bedeutungslos, wenn der betrügerische Gläubiger dem konkurrierenden Gläubiger dadurch zuvorkommt, daß er den Schuldner täuscht, z. B. ihn durch falsche Vorspiegelungen veranlaßt, sich gegenüber dem Betrüger kontumazieren zu lassen, den Anspruch des konkurrierenden Gläubigers aber zu bestreiten; Bedenken erregt aber bei dieser Sachlage die mangelnde Identität des geschädigten Gläubigers mit dem getäuschten Schuldner. Keinesfalls aber kann sich in all diesen Fällen der betrügerische Gläubiger auf seinen Titel berufen; mag dieser auch rite erworben sein, so gewährt er doch immer nur einen Anspruch gegen den Schuldner auf Befriedigung aus dessen Vermögen, und nicht gegen einen konkurrierenden Gläubiger auf vorzugsweise Befriedigung unter Hintansetzung des konkurrierenden Gläubigers. Aus diesem letzteren Gesichtspunkt entfällt allerdings die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils nach den oben zu I. dargelegten Grundsätzen, wenn der geprellte Gläubiger seinen Titel in anfechtbarer Weise, z. B. durch Kollusion mit dem Schuldner, erlangt hat. Die Rechtswidrigkeit würde sogar schon dann fehlen, wenn der täuschende Gläubiger aus irgendeinem anderen Grund einen Zahlungsanspruch gegen den konkurrierenden Gläubiger hat. Nach dem oben zu I. Gesagten würde kein rechtswidriger Vermögensvorteil vorliegen, wenn er den konkurrierenden Gläubiger zur Deckung seines eigenen Anspruchs gegen den letzteren durch Täuschung den aus der Zwangsvollstreckung schon erzielten Erlös, also das bare Geld, abnimmt (Fall des Zusammentreffens von damnum emergens mit lucrum emergens). Warum sollte der Gläubiger warten müssen, bis der konkurrierende Gläubiger, der zugleich sein Schuldner ist, das Geld in sein Vermögen überführt hat? Er kann ihm auch zuvorkommen und sich den Erlös auf Kosten des konkurrierenden Gläubigers verschaffen, bevor der Erlös in das Vermögen des letzteren gelangt ist (Fall des Zusammentreffens von lucrum cessans mit lucrum emergens).

4. Fall des Zusammentreffens von damnum emergens mit damnum cessans.

Hier liegt nie Stoffgleichheit von Vorteil und Schaden vor. Damnum emergens entsteht, indem Bestandteile aus dem Vermögen des Geschädigten faktisch entfernt werden. Damnum cessans entsteht, wenn Vermögensbestandteile, die ohne die Täuschung aus dem Vermögen

des Bereicherten gelangt wären, nach und infolge der Täuschung in seinem Vermögen verblieben sind. Das sind zwei Vorgänge, bei denen niemals Bestandteile einen solchen Weg nehmen oder ohne die Täuschung genommen hätten, daß sie nach der Täuschung im Vermögen des Bereicherten vorhanden sind, ohne die Täuschung aber in dem des Geschädigten nachzuweisen gewesen wären. Eine Stoffgleichheit wird hier auch nicht durch innige wirtschaftliche Verknüpfung von Vorteil und Schaden erzielt. Beispiel: Der Schuldner veranlaßt durch falsche Vorspiegelung seiner Zahlungsunfähigkeit seinen Bürgen, der auf das Recht der Vorausklage verzichtet hat, die Schuld an den Gläubiger zu zahlen. Der Bürge ist geschädigt um die Summe, die er dem Gläubiger zahlt. Der Schuldner ist bereichert in derselben Höhe um die ebenso große Summe, die er dem Gläubiger gezahlt hätte, nun aber infolge der Täuschung behält: Fig. 7. Die Abbildung zeigt, wie eng die Beziehung des Schadens zum Nutzen ist: das damnum cessans hätte ohne die Täuschung den Weg vom Schuldner zum Gläubiger gemacht; nach und infolge der Täuschung macht das damnum emergens den Weg vom Bürgen zum Gläubiger. Man kann hier — um den Ausdruck von Birkmeyer und Binding zu gebrauchen — sehr wohl sagen, daß der Schuldner »auf Kosten« des Bürgen bereichert ist. Stoffgleichheit liegt aber nicht vor; die Vermögensbestandteile, die der Bürge dem Gläubiger tatsächlich infolge der Täuschung übergeben hat, sind in keiner Weise identisch mit den Vermögensbestandteilen, die der Schuldner ohne die Täuschung dem Gläubiger übergeben hätte und nun infolge der Täuschung behalten hat. Praktisch werden die Fälle des Zusammentreffens von damnum emergens mit damnum cessans meist so liegen, daß derjenige, an den das lucrum emergens gelangt, als stoffgleich bereicherter »Dritter« und somit als widerrechtlich Bereicherter erscheint, so daß es auf das damnum cessans des Täuschenden gar nicht ankommt. Beispiel: A. hat an B. im Spiel eine große Summe gewonnen, könnte sie wohl bezahlen und müßte das auch mit Rücksicht auf seine gesellschaftliche Stellung tun; er spiegelt seinem Schwager C. Zahlungsunfähigkeit vor, und C. zahlt den Spielverlust mit Rücksicht auf seine eigene gesellschaftliche Stellung an B. aus. B. ist in diesem Falle ein in Form des lucrum emergens um die aus-

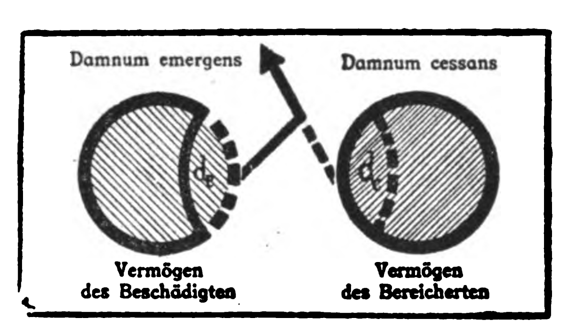


Fig. 7. Zusammentreffen von damnum cessans mit damnum emergens.

gezahlte Summe, auf die er kein Recht hat, stoffgleich aus dem damnum emergens des C. bereicherter Dritter; die in Form des damnum cessans eintretende, der Stoffgleichheit ermangelnde Bereicherung des A. spielt also praktisch gar keine Rolle mehr. In Fig. 7 könnte man sich das so darstellen, daß man das Vermögen des B. als dritten Kreis vor die Pfeilspitze zeichnet. Dann ergibt sich zwischen dem Vermögen des B. und dem links gezeichneten Vermögen des C. das in Fig. 3 dargestellte einfache Zusammentreffen von damnum emergens und lucrum emergens, und auf das in Fig. 7 rechts gezeichnete Vermögen des A. kommt es nicht an. In dem Fall des betrogenen Bürgen ist aber eine Widerrechtlichkeit der Bereicherung des »Dritten«, des Gläubigers, ausgeschlossen, weil letzterer unabhängig von der Täuschung gegen den geschädigten Bürgen einen Rechtsanspruch auf Zahlung hatte. Darum mußte untersucht werden, ob nicht wenigstens die unzweifelhafte Bereicherung des Schuldners rechtswidrig ist; aber auch sie ist es nicht, mangels Stoffgleichheit. Es kann sich aber praktisch aus dieser Situation sehr leicht eine neue Vermögensbeschädigung des Bürgen und ein neuer Vermögensvorteil des Schuldners entwickeln, wenn nämlich der Bürge unter dem Einfluß der Vorspiegelung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gegen ihn die Geltendmachung des auf den Bürgen mit seiner Zahlung der Schuld übergegangenen Hauptforderung unterläßt. Dies wäre der in Fig. 5 dargestellte Fall des stoffgleichen Zusammentreffens von lucrum cessans mit damnum cessans.

Das Ergebnis wäre also, daß das Zusammentreffen von damnum emergens mit damnum cessans niemals einen rechtswidrigen Vermögensvorteil herbeiführen kann, daß aber praktisch mit dieser Konstellation meist andere rechtswidrige Vermögensvorteile verbunden sind.

IX.

Die ausführlichen Darlegungen des vorigen Abschnittes sollten keineswegs eine umfassende Lehre von der Widerrechtlichkeit des Vermögensvorteils sein. Um die praktischen Möglichkeiten auszuschöpfen, wären Bände zu wenig. Aber das ist ja gar nicht erforderlich. Die Methode der Feststellung der Stoffgleichheit von Vorteil und Schaden war zu zeigen, uud die ist die denkbar einfachste: man vergleicht mit dem Zustand des Vermögens nach der Tat nicht, wie bisher in der Betrugslehre üblich, den Zustand vor der Tat, sondern den Zustand, der ohne die Tat bestehen würde. In diesem einzigen Satz ist das theoretische Ergebnis der ganzen bisherigen Ausführungen niedergelegt, und dieser Grundsatz reicht auch vollkommen zur praktischen Entscheidung aller in Frage kommenden Fälle aus, nachdem man die Vorfrage, ob nicht der Bereicherte einen Rechtsanspruch auf den Vorteil hatte, entschieden hat.

Alle über den aufgestellten Grundsatz hinausgehenden Erörterungen waren nur Beweisführung und — was den letzten (VIII.) Abschnitt anbelangt — Exemplifikation. Im praktischen Ergebnis steht unsere Theorie zwischen der der herrschenden Lehre und der des Reichsgerichts, indem wir zwar am Erfordernis der Stoffgleichheit von Vorteil und Schaden festhalten, aber keinen Übergang von Vermögensbestandteilen aus dem Vermögen des Geschädigten in das des Bereicherten verlangen. Demgemäß sehen wir in der Belohnung, die jemand für das Absitzen einer Freiheitsstrafe von dem Verurteilten, oder überhaupt für eine Vermögensbeschädigung eines anderen erhält, keinen widerrechtlichen Vermögensvorteil, wohl aber in dem Gewinn, den jemand einem anderen betrüglich entzieht.

X.

Zum subjektiven Tatbestand des Betrügers gehört unzweifelhaft, daß der Täter die Widerrechtlichkeit des erstrebten Vermögensvorteils kennt, das heißt also, daß er erstens weiß, keinen Rechtsanspruch auf den Vorteil zu haben, und daß er zweitens die Stoffgleichheit von Vorteil und Schaden erkennt. Letztere Feststellung dürfte in praxi selbst in den Fällen, in denen ein faktischer Übergang von Vermögensstücken aus dem Vermögen des Geschädigten und das des Getäuschten nicht stattgefunden hat, kaum Schwierigkeiten machen, da im täglichen Leben überall, insbesondere bei der Bewertung von Vermögensstücken, mit dem hypothetischen Vermögenszustand operiert wird. Wer durch Täuschung abgehalten wird, einen Gewinn zu machen, fühlte sich um eben diesen Gewinn betrogen, weil er ihn doch nun hätte, wenn er nicht getäuscht worden wäre; aber er mußte sich bald von den Juristen sagen lassen, daß dem nicht so sei, daß zum Betrug eine effektive substantielle Verminderung des Vermögens gehöre, und daß deshalb die Gewinnvereitelung nur insofern eine Vermögensbeschädigung darstelle, als sie den zur Zeit der Handlung des Getäuschten präsenten Vermögenswert vermindere — lauter Vorstellungen, die weder im Gesetz noch in der Logik eine Basis haben. Wenden wir Juristen uns aber selbst von diesen unnatürlichen Vorstellungen ab, stellen wir uns das lucrum cessans als etwas Konkretes, das infolge der Täuschung nicht ins Vermögen des Geschädigten gekommen ist, vor, desgleichen das damnum cessans als Vermögensbestandteile, die infolge der Täuschung im Vermögen des Bereicherten geblieben sind, dann werden wir nicht mit den Vorstellungen des Täters von den natürlichen Folgen seiner Handlung in Konflikt geraten und keine Schwierigkeiten haben mit dem dem Beschuldigten zu führenden Nachweis des Bewußtseins der Stoffgleichheit von Nutzen und Schaden.

Praktisch schwieriger ist der dem Täter zu führende Beweis des

Bewußtseins, keinen Anspruch auf den erstrebten Vorteil zu haben. Dabei ist es in praxi wohl die häufigst zu hörende Verteidigung der des Betrugs Beschuldigten, sie hätten gegen den Beschädigten einen Gegenanspruch, für den sie im Wege der Täuschung Befriedigung gesucht hätten. Läßt sich das auch meist objektiv widerlegen, so ist doch besonders bei verwickelten Geschäftsbeziehungen zwischen Geschädigtem und Bereichertem der Beweis der Schuld oft schwer zu führen. Diese Verteidigung des Beschuldigten zieht aber nur dann unbedingt, wenn der Bereicherte ein Recht auf die Leistung, die er sich erschlich, zu haben glaubte, nicht aber schon dann, wenn der Bereicherte glaubte, sich arglistig zur Deckung einer Geldforderung von seinem Schuldner Waren erschleichen zu dürfen. Hier muß, was meines Wissens in der Praxis regelmäßig übersehen wird, unterschieden werden zwischen der Rechtswidrigkeit der Handlung des Täters und der Widerrechtlichkeit des erstrebten Vermögensvorteils. Glaubt der Täter etwa auf Grund eines Kaufvertrags einen Rechtsanspruch auf die Waren zu haben, die er sich erschlich, so fehlt ihm das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit des Vermögensvorteils, die ja begrifflich den Mangel eines Rechts auf den Vorteil voraussetzt. Durch solchen Irrtum ist der Täter stets gemäß § 59 StGB. geschützt. Ebenso liegen alle Fälle, in denen der Täter einen fälligen Zahlungsanspruch gegen den Geschädigten zu haben glaubte und sich bares Geld erschwindelte. Hatte aber der Täter einen Anspruch auf eine Geldleistung, und verschaffte er sich zur Deckung seines Anspruchs Waren seines Schuldners in der Annahme, zu einem solchen Vorgehen berechtigt zu sein, so irrt er keineswegs über die Widerrechtlichkeit des Vermögensvorteils, sondern über die Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise. Ob dieser letztere Fall also zu bestrafen ist, hängt nicht von der Betrugslehre, sondern von den allgemeinen Lehren über das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als allgemeines Tatbestandsmerkmal ab. Durch diese Unterscheidung werden die Maschen des Netzes, durch die so viele große Betrüger durchschlüpfen, und in dem so viele kleine Betrüger hängen bleiben, ein wenig enger geknüpft.

XI.

De lege ferenda herrscht Einigkeit darüber, daß der Begriff der Widerrechtlichkeit des Vermögensvorteils genauer umschrieben werden muß. Nach dem Gesagten müssen wir fordern, daß die beiden für diesen Begriff wesentlichen Momente, nämlich das Fehlen eines Rechtsanspruchs des Bereicherten auf den Gewinn und die Stoffgleichheit von Schaden und Vorteil, im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden. Das erstere Moment wurde bereits dahin formuliert: »Vermögensvorteil, auf den ein Rechtsanspruch nicht besteht«, oder dahin: »un-

berechtigter Vermögensvorteil«. Ich würde vorschlagen, die im Bürgerlichen Gesetzbuch für dieselbe Sache gebrauchten und dadurch eingebürgerten Bezeichnungen: »ohne rechtlichen Grund« oder »ungerechtfertigt« zu verwenden. Die Stoffgleichheit läßt sich durch das Wort »aus« andeuten; ob man formulieren will »aus dem Schaden« oder »aus dem Vermögen« des Geschädigten, ist sachlich bedeutungslos, da ja der Schaden seinerseits »aus« dem Vermögen des Beschädigten kommt. Ich würde also folgende Fassung vorschlagen:

> Wer durch Täuschung dem Vermögen eines anderen Schaden zufügt, um sich oder einen Dritten daraus ohne rechtlichen Grund einen Vermögensvorteil zu verschaffen, wird wegen Betruges . . . bestraft.

Gefälliger und meines Erachtens ebenso klar ist folgende Fassung:

> Wer durch Täuschung das Vermögen eines anderen beschädigt, um daraus sich oder einem Dritten ungerechtfertigt zu bereichern, wird wegen Betruges . . . bestraft [54].

[54]) Der Vorschlag bezieht sich nur auf die Formulierung des Tatbestandsmerkmales der Widerrechtlichkeit. Im übrigen habe ich die hier gegebene Formulierung begründet MKrimPsych. **11** 235 ff. und Allg. Oest. Ger.-Z. **65** 494 ff. Darüber, daß das Begriffsmerkmal der »Arglist« fallen muß, Binding, Ger.-Saal **77** 54. Bei dem Vorschlag ist natürlich davon ausgegangen, daß das künftige Strafgesetzbuch die hergebrachte genaue Formulierung der Tatbestände beibehält. Keineswegs aber soll mit der vorgeschlagenen Formulierung solcher Methode das Wort geredet werden. Am besten wäre es, wenn es im künftigen Strafgesetzbuch hieße »Der Betrug wird mit . . bestraft« und das Weitere der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bliebe; vgl. Kohler, Deutsche Richterzeitung 1918 S. 166.

Die Freiheitsstrafen im Militärstrafrecht.

Von Gerichtsassessor, z. Zt. Kriegsgerichtsrat k. A., Dr. Ernst Eckstein, Berlin.

Das Verhältnis von Arrest zu Gefängnis wird den Anschauungen des Lebens nicht gerecht. Die Gefängnisstrafe hat sich auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs als diejenige Strafe herausgebildet, die im wesentlichen für ehrlose oder Roheitshandlungen vorgesehen ist. Die Arreststrafe andererseits hat ihr Gepräge durch das Disziplinarstrafrecht erhalten und ist das Strafmittel gegen minder schwere Disziplinwidrigkeiten, während nur Fälle schwerer Art mit Gefängnis bestraft werden, für die wegen der zeitlichen Beschränkung der Arreststrafe eine andere Strafart auch nicht in Frage kommt. Es hat sich daher die Anschauung herausgebildet, daß die Arreststrafe etwas minder Ehrenrühriges ist als die Gefängnisstrafe, und dem trägt auch die Praxis der Gerichte Rechnung. Ganz im Gegensatz zu den Absichten des Gesetzes verhängen diese oft aus Wohlwollen eine Arreststrafe, wo eigentlich eine Gefängnisstrafe geboten ist. Wenn insbesondere eine unerlaubte Entfernung mit einer Fälschung des Urlaubsscheines zusammentrifft, so wird die harmlose Entfernung mit Absicht mit einer höheren Strafe belegt als die schwerere Urkundenfälschung, nur damit als Gesamtstrafe Arrest und nicht Gefängnis zu verhängen ist, um dem Angeklagten nicht dauernd den Makel einer Ehrenstrafe anzuhängen. Das Gesetz will zwar, daß Arrest und Gefängnis einander gleichsteht, daß strenger Arrest sogar als das Schwerere gilt, aber das Gesetz kann nicht die Anschauung des Lebens beeinflussen.

Wie sehr hier eine Änderung einem praktischen Bedürfnis entspricht, zeigt sich vor allem beim militärischen Diebstahl. Wenn beispielsweise ein Offizier einen Diebstahl begeht und eine Freiheitsstrafe von weniger als 6 Wochen angebracht ist, so wird der Diebstahl mit Stubenarrest bestraft, während derselbe, vielleicht noch viel mildere Diebstahl ohne militärischen Einschlag mit Gefängnis bestraft werden muß. Es widerspricht durchaus dem eingewurzelten Rechtsgefühl, eine grundsätzlich ehrenrührige Tat wie Diebstahl mit Stubenarrest zu bestrafen.

Es sollte daher der bisherige Grundsatz aufgehoben werden und Arrest für Disziplinwidrigkeiten, Gefängnis für ehrlose und Roheitstaten vorgesehen werden.

Das führt zu einer Unbilligkeit, die gerade seinerzeit für die Gleichstellung von Arrest und Gefängnis mit entscheidend gewesen ist. Die



strenge Arreststrafe ist wirksamer als die Gefängnisstrafe, und die Sicherung der militärischen Zucht kann anscheinend die strenge Arreststrafe nicht entbehren[1]). Es wäre eine Begünstigung für den Täter, könnte der Diebstahl nur mit Gefängnis, statt daneben auch mit strengem Arrest bestraft werden. Es braucht darum aber der Grundsatz nicht aufgehoben zu werden. Es könnte dem Gericht überlassen bleiben, eine Strafschärfung auszusprechen, derart, daß, wenn durch die Tat eine militärische Dienstpflicht verletzt ist, die Gefängnisstrafe ganz oder zum Teil als strenger Arrest zu vollstrecken ist. Das Entscheidende sollte aber sein, daß die entehrende Gefängnisstrafe und nicht die Arreststrafe verhängt wird.

Damit könnte man einem weiteren praktischen Bedürfnis genügen. Gegen gewisse Täter ist strenger Arrest die einzig wirksame Strafe, andererseits liegt ein Vergehen oft so schwer, daß eine Strafe von mehr als 4 oder 6 Wochen am Platze ist. Man sollte daher die Strafschärfung, daß Gefängnisstrafe als strenger Arrest zu vollstrecken ist, auch bei längeren Gefängnisstrafen zulassen, natürlich nur bis zur gesetzlich zulässigen Grenze. Diese Möglichkeit sollte dann vielleicht überhaupt grundsätzlich gegeben werden.

Im engen Zusammenhang damit dürfte sich eine Änderung des heutigen § 29 MStGB. empfehlen. Nach § 29 soll eine Geldstrafe unzulässig sein, wenn der Täter gleichzeitig eine militärische Dienstpflicht verletzt hat. Der Grundsatz ist durchaus zu billigen, ja notwendig. Jeder Verstoß gegen die militärische Disziplin wird, abgesehen von kleinen Disziplinarmitteln, mit Freiheitsstrafe disziplinarisch geahndet; dann darf es dem Täter nicht zugute kommen, daß er gleichzeitig gegen ein bürgerliches Strafgesetz verstößt und dann bloß mit Geldstrafe soll bestraft werden können. Und doch enthält der § 29 schwere Unbilligkeiten. Es sind mir Fälle vorgekommen, in denen ein schwerer Verstoß gegen bürgerliche Strafbestimmungen, dagegen eine leichte Verletzung einer militärischen Dienstpflicht vorliegt. Wenn z. B. jemand einen Kameraden verleumderisch beleidigt, so kann die Tatsache, daß es sich um einen Kameraden handelt, unter Umständen von geringer Bedeutung, die Schwere der Beleidigung von großer Bedeutung sein. Eine hohe Geldstrafe wäre am Platze, eine gleichwertige Gefängnisstrafe wäre viel zu hart und zu ehrenrührig; die Praxis hilft sich dann mit einem sehr wenig billigen Aus-

[1]) Die Vorkommnisse der letzten Zeit sprechen m. E. für die Beibehaltung der strengen Arreststrafe. Gewiß die Strafe hat etwas Mittelalterliches und Kulturwidriges — die zu bestrafenden Personen aber auch, und mit Rücksicht auf den unbedingten Schutz der Disziplin muß hier das Abschreckende den Ausschlag geben. Wir sind eben noch nicht reif für die völlige Beseitigung der Abschreckungsstrafe. Bezeichnend ist auch, daß im bolschewistischen Heer die mittelalterlichsten Strafen wieder eingeführt sein sollen.



weg, sie verhängt eine ganz niedrige Gefängnisstrafe, durch die die Tat nach falscher Richtung hin und darum nicht gerecht bestraft wird. Es ist dabei auch zu berücksichtigen, daß in vielen Fällen sich eine große Härte daraus ergibt, daß das Gesetz, statt einer Geldstrafe, nur Gefängnis, aber keine Haftstrafe vorsieht. Das Gesetz geht davon aus, daß mildere Fälle mit Geldstrafe gesühnt werden können, und denkt nicht daran, daß nach § 29 MStGB. die Geldstrafe nicht verhängt werden kann. Wo hier Haft angebracht wäre und das Gesetz sicher Haft vorgesehen hätte an Stelle einer unzulässigen Geldstrafe, muß dann das Gericht Gefängnis verhängen. Insbesondere bei Verstößen gegen Kriegsnotverordnungen haben sich hier Unbilligkeiten ergeben. Die weitere Unbilligkeit, daß auch die leichtesten Dienstwidrigkeiten wegen § 29 mit Freiheitsstrafe bestraft werden müssen statt mit Strafwache oder -appell oder Verweis, ist oben bereits gestreift.

Man wird hier nur dann zu gerechten Ergebnissen kommen, wenn man den allgemeinen Grundsatz der Trennung von krimineller und Disziplinarbestrafung durchbricht. Das Gesetz will durch den § 29 im Grunde genommen eine Disziplinarstrafe verhängen, verhängt sie aber als kriminelle Strafe, und dieser Grundsatz muß aufgehoben werden. Es muß vielmehr neben die Geldstrafe eine Freiheitsstrafe treten, diese aber nicht als kriminelle, sondern als disziplinare. Entweder müßte man nach der kriminellen die Disziplinarbestrafung dem Disziplinarvorgesetzten überlassen (und dann auch durch eine besondere Bestimmung der Verjährung vorbeugen) und dann vielleicht noch zum Ausdruck bringen, daß das Gericht bei der Abmessung der Geldstrafe die Verletzung der militärischen Dienstpflicht nicht berücksichtigen darf, oder aber, es müßte die Disziplinarstrafe gleich vom Gericht mit verhängt werden. Das letztere mag zwar in Hinsicht auf die Grundlage des Disziplinarrechtes nicht unbedenklich sein, ist aber darum mehr zu empfehlen, weil eine Trennung zwischen dem kriminellen und dem Disziplinarunrecht praktisch oft vielleicht schwer ist und zu manchen Rechtsverstößen hinsichtlich des Grundsatzes ne bis Anlaß geben könnte. Wenn ein Rechtsverstoß nach bürgerlichem Strafrecht nur mit Haft bestraft werden kann, so würde damit die gleichzeitige Verletzung einer militärischen Dienstpflicht ebensowenig genügend geahndet werden, wie bei der bloßen Geldstrafe. Wenn auch die Haftstrafe als gelinder Arrest vollstreckt wird, so bleibt doch die harmlos scheinende Verurteilung zu Haft, die das Rechtsgefühl nicht befriedigt. Man braucht sich nur vorzustellen, daß gegen zwei Soldaten wegen Mundraubes gegen einen Kameraden eingeschritten wird. Der eine Fall liegt besonders schwer, daß Strafantrag gestellt wird, und dann wird nur Haft verhängt; im anderen Fall wird kein Strafantrag gestellt, dann wird eingestellt und disziplinarisch eine Arreststrafe ver-

hängt. Auch hier wäre es geboten, wenn schon von Gerichts wegen an die Stelle der Haftstrafe die Arreststrafe tritt, und zwar ohne Beschränkung, so daß mindestens gleich auf Mittelarrest erkannt werden kann.

Bei dieser Gelegenheit wäre übrigens zu erwägen, ob nicht grundsätzlich dem Gericht die Befugnis gegeben werden soll, wenn sich eine Tat als nicht kriminell strafbar herausstellt, gleich selbst die Disziplinarstrafe zu verhängen. Dadurch würde zwar die Grundlage des Disziplinarrechtes noch mehr erschüttert werden, es hätte aber doppelten Vorteil. Einmal wird eine Straftat vor Gericht doch vielmehr bis ins einzelnste aufgerollt, als der Disziplinarvorgesetzte dazu in der Lage wäre. Obwohl der Vorgesetzte vielleicht die Persönlichkeit des Täters besser kennt (übrigens auch nicht immer), wird dann doch wohl das Gericht besser in der Lage sein können, die gerechtere Strafe zu finden als der Vorgesetzte. Vor allem aber kommt hier die Wirkung auf den Täter in Frage. Wenn das Gericht die Entscheidung verkündet: das Verfahren wird eingestellt oder der Angeklagte wird freigesprochen, und wenn dabei der Verhandlungsführer wirklich durchblicken läßt, daß die Disziplinarbestrafung noch nachfolgt, so wird das doch nicht verstanden. Der Täter hat sich vergangen, und das Gericht verhängt keine Strafe: das ist der entscheidende Eindruck. Die Verhängung einer Disziplinarstrafe durch Gerichtsurteil ist im Recht schon längst vorgesehen, z. B. im Beamten-Disziplinarrecht, und hat sich dort durchaus bewährt. Sie würde sich daher auch im Militärrecht empfehlen.

An unwichtigeren Neuerungen möchte ich folgendes anregen:

Die Verhängung der Strafen nach Monaten führt sowohl im Reichs- wie im Militärstrafgesetz zu Mißhelligkeiten wegen der Ungleichheit der Monate. Dem würde vorgebeugt werden, indem nur Jahre, Wochen und Tage zulässig sind. Die gleichzeitige Änderung im Strafgesetz wäre dann allerdings dringend erwünscht.

Daß Gefängnis oder Festung erst von 43 Tagen an zulässig ist, ist zwar im Prinzip wohl begründet, mutet aber doch eigentümlich an. Man rechnet sonst mit runden Summen und soll ausgerechnet immer auf die Zahl 43 kommen. Wäre es da nicht praktischer, 6 Wochen als Mindeststrafe zuzulassen, so daß sich hier Arrest und Gefängnis oder Festung berühren?

Bei Bildung von Gesamtstrafen führt die zeitliche Begrenzung der Arreststrafen zu Unbilligkeiten: Wer wegen 20 Betrugsfällen je 3 Wochen Gefängnis und gleichzeitig wegen einer unerlaubten Entfernung 6 Wochen Stubenarrest bekommt, soll als Gesamtstrafe nur 6 Wochen Stubenarrest verbüßen! Abgesehen davon, daß überhaupt eine ehrenrührige Strafe auf diese Weise als Arrest und daher nach

der Auffassung des Lebens als nicht ehrenrührig verbüßt werden kann, würden hier die 20 Betrugsfälle überhaupt unter den Tisch fallen. Es sei dabei daran erinnert, wie hier der Zufall zu ganz anderen Ergebnissen führen kann. Werden die 20 Betrugsfälle abgetrennt oder der bürgerlichen Behörde übergeben, so würde wegen Betruges vielleicht eine Gesamtstrafe von 9 Monaten Gefängnis herauskommen. Soll diese Strafe nun nachträglich mit den 6 Wochen Stubenarrest zu Gefängnis oder zu Stubenarrest zusammengezogen werden? Und wie, wenn der Täter die 6 Wochen schon verbüßt hat, etwa durch Anrechnung auf die Untersuchungshaft? Soll ihm dieser Vorteil in Wirklichkeit zum Nachteil gereichen? Wenn man übrigens selbst annähme, daß Gefängnis gegenüber Stubenarrest das Schwerere wäre — ich halte das für unrichtig, wenn nämlich insbesondere Stubenarrest an Stelle einer nur gegen Offiziere nicht zulässigen schwereren Strafe tritt —, so würde die Unbilligkeit immer noch bleiben, wenn man das Beispiel auf Mittelarrest abstellt.

Es muß sogar die Möglichkeit gegeben werden, eine größere Zahl von Arreststrafen auf eine Gefängnis-Gesamtstrafe zusammenzuziehen, obwohl hier das Bedenken besteht, daß damit eine nicht als ehrenrührig geltende Strafe zu einer ehrenrührigen wird. Aber wollte man das vermeiden, müßte man zu sehr die Grundlage der Strafbegrenzung durchbrechen und Arrest auch bei mehr als 6 Wochen zulassen. Jedenfalls muß man einerseits die Möglichkeit einer Ausdehnung der Strafe über 6 Wochen zulassen und außerdem die entehrende Gefängnisstrafe grundsätzlich als die schwerere ansehen, wobei man bei einer Gesamtstrafe aus Gefängnis und strengem Arrest ja immer noch die Strafschärfung der Gefängnisstrafe vorsehen kann.

Es liegt ein gewisser Widerspruch darin, daß das Gesetz bei Disziplinarübertretungen unbeschränkt strengen Arrest vorsieht, bei kriminellen oder Disziplinarvergehen dagegen nicht. Es ist ja kein Zweifel, daß bei gewissen Vergehen kein Bedürfnis besteht, strengen Arrest vorzusehen, wie z. B. beim fahrlässigen Entweichenlassen von Gefangenen; andererseits ist ein dringenderes Bedürfnis, den strengen Arrest in größerem Umfange zuzulassen, und die Gefahr, daß damit Mißbrauch getrieben werden könnte, ist wohl nur gering, geringer jedenfalls, als ein Mißbrauch der strengen Arreststrafe bei Disziplinarübertretungen. Es wäre daher zu erwägen, ob nicht in allen Fällen nur einfach Arrest angedroht werden könnte, wobei das Gericht jede Art von Arrest verhängen kann. Bei schwereren Vergehen, wie militärischem Diebstahl, könnte man dann gelinden oder auch Mittelarrest ausscheiden. Schließlich könnte man auch im Einzelfall strengen Arrest ausdrücklich vorsehen und die Verhängung von strengem Arrest in den sonstigen Fällen an Stelle von Mittelarrest zulassen, wenn etwa

der Täter schon vorbestraft ist. Die Verhängung von strengem Arrest grundsätzlich von einer Vorbestrafung abhängig zu machen, wäre dagegen nicht unbedenklich mit Rücksicht auf die Notwendigkeit, schwere Vergehen auch entsprechend schwer bestrafen zu können.

Bei der gesetzlichen Regelung wäre es vielleicht praktisch, das Gesetz auf die eigentlichen strafrechtlichen Punkte zu beschränken, die Vorschriften über Strafvollstreckung dagegen, zum mindestens aber die wohl völlig deplazierte Bestimmung des § 27 in die Strafvollstreckungsvorschrift und die des § 18 in die Heerordnung, § 17 II in das Reichsstrafgesetzbuch hinüber zu nehmen. Parallel damit würde sich die gleiche Maßnahme im bürgerlichen Strafgesetz empfehlen.

Auch bei den geltenden Vorschriften über Strafvollstreckung müssen einige Bedenken geäußert werden. Die Freiheitsstrafe, selbst die von bürgerlichen Gerichten verhängte, wird grundsätzlich von der Militärbehörde vollstreckt, und zwar Haft als gelinder Arrest, Gefängnis als Mittelarrest. Zumal das letztere enthält eine gewisse Unbilligkeit, denn die Arreststrafe ist in der Art ihrer Vollstreckung schwerer als die Gefängnisstrafe (Wasser und Brot, hartes Lager). Ob es gerechtfertigt ist, Strafe von bürgerlichen Gerichten und vielleicht auch militärgerichtlich verhängte Strafen wegen bürgerlicher Straftaten von den bürgerlichen Gerichten vollstrecken zu lassen, soll dahingestellt bleiben. Führt man den Grundsatz durch, daß die Gefängnisstrafe die entehrendere und die Arreststrafe die nicht entehrende Strafe ist, dann wäre es auch richtig, jede Gefängnisstrafe im Festungsgefängnis zu vollstrecken, wenngleich das bei kurzen Strafen auch viel Verwaltungsarbeit nach sich ziehen würde. Haftstrafen dagegen wird man schwerlich anders als wie gelinden Arrest vollstrecken können, wenn auch darin schon eine Strafschärfung liegen mag. Festungshaft wird wohl nicht gut anders als wie Festungshaft vollstreckt werden können.

Statt des oft zu Irrtümern führenden Ausdrucks Freiheitsstrafe sollten die Strafen einzeln aufgeführt werden.

Im folgenden wird eine neue Fassung der in Frage kommenden Bestimmungen gegeben, wobei die sonstigen Änderungen sich aus sich selbst ergeben und keiner Begründung bedürfen. Sie rechtfertigen sich dadurch, daß die jetzige Fassung erfahrungsgemäß in der Praxis zu manchen unvermeidbaren Mißverständnissen geführt hat.

Es treten an die Stelle von §§ 15—29 und eines Teiles des § 54:

§ A. Die Zuchthausstrafe wird verhängt von einem bis zu 15 Jahren, lebenslänglich nur, soweit im Gesetz ausdrücklich vorgesehen.

Gefängnis oder Festungshaft wird verhängt von 6 Wochen bis zu 15 Jahren.

Arrest wird verhängt als Stubenarrest, gelinder Arrest, mittlerer und strenger Arrest.

Gelinder Arrest wird gegen Unteroffiziere und Gemeine, mittlerer Arrest gegen Unteroffiziere ohne Portepee und Gemeine verhängt von einem Tage bis zu 6 Wochen, strenger Arrest nur gegen Gemeine von einem Tage bis zu 4 Wochen.

Stubenarrest wird verhängt gegen Offiziere von einem Tage bis zu 6 Wochen.

Freiheitsstrafen sind nach Tagen, Wochen oder Jahren zu verhängen.

§ B. Ist eine bestimmte Arrestart mit Rücksicht auf den Militärrang eines Angeklagten nicht zulässig, so tritt die dem Range entsprechende nächst niedrige Arrestart an deren Stelle.

§ C. Gegen Gemeine kann eine Gefängnisstrafe bis auf 4 Wochen verschärft werden, wenn durch die Tat eine militärische Dienstpflicht verletzt ist. Der verschärfte Teil der Strafe ist in Form von strengem Arrest zu vollstrecken.

§ E. Bei der Bildung einer Gesamtstrafe darf der gesetzliche Höchstbetrag einer Strafart nicht überschritten werden. Bei einer Gesamtstrafe von mehr als 6 Wochen tritt an die Stelle von Arrest Gefängnis oder Festungshaft, falls es durch die Schwere der Tat geboten ist.

Die Gefängnisstrafe gilt gegenüber der Arreststrafe als die schwerere Strafe.

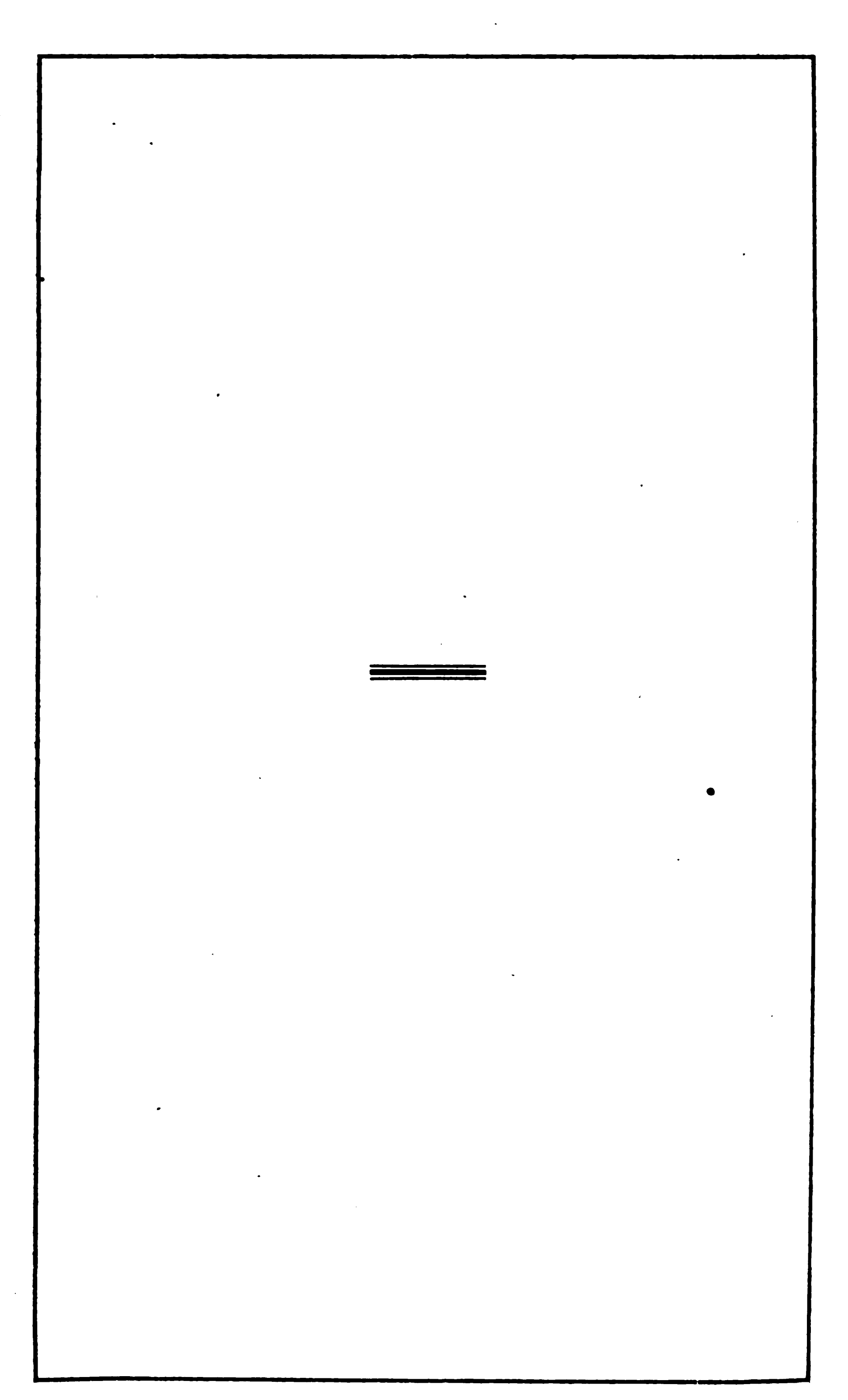
§ D. Wo strenger Arrest nicht vorgesehen ist, kann statt mittleren Arrestes strenger Arrest dann verhängt werden, wenn der Täter bereits einmal gerichtlich oder zweimal disziplinarisch vorbestraft ist. Liegt die Verbüßung oder der Erlaß der letzten gerichtlichen Vorstrafe mehr als 8 Monate, der letzten Disziplinarstrafen mehr als 4 Monate zurück, so findet diese Bestimmung keine Anwendung.

§ F. Wird bei einem Verstoß gegen die bürgerlichen Strafgesetze gleichzeitig eine militärische Dienstpflicht verletzt, so ist statt auf Haft auf gelinden oder mittleren Arrest zu erkennen. Neben einer Geldstrafe ist für die Dienstpflichtverletzung zugleich die angemessene Disziplinarstrafe zu verhängen.

Ferner wäre in die Strafgerichtsordnung die Bestimmung aufzunehmen:

Ergibt sich aus der Verhandlung, daß die Tat gerichtlich nicht zu bestrafen ist, so ist die etwa gebotene Disziplinarstrafe vom Gericht an Stelle der Einstellung oder Freisprechung zu verhängen. Bei der Bildung einer Gesamtstrafe ist diese Disziplinarstrafe mit einzurechnen, doch darf nur auf Grund dieser Strafe eine Gefängnisgesamtstrafe nicht gebildet werden.





Rechtsfrage und revisionsinstanzliche Abstimmung im Strafprozeß.

Von Professor Dr. Ernst Beling, München.

Wie die revisionsgerichtliche Praxis bei der Urteilsfindung verfährt, ist bisher für den Außenstehenden nicht ersichtlich geworden. Das ist begreiflich, weil es sich um innere Vorgänge im Schoße der Kollegien handelt und — anders als bei der Abstimmung der Unterinstanzen — auch kein Anlaß besteht, das gehandhabte Verfahren darzulegen. Anscheinend gilt als feststehend, daß »Abstimmung nach Gründen« zu erfolgen hat, und daß stets mit einfacher Mehrheit entschieden wird. Schrifttum über die Frage ist nicht viel vorhanden; die kundgegebenen Meinungen decken sich im großen und ganzen mit dem soeben bezeichneten Standpunkt. Die Begründung wird im wesentlichen dahin gegeben, daß die Revisionsinstanz es mit lauter einzelnen Rechtsfragen zu tun habe, woraus dann einmal die Abstimmungsteilung und sodann (wegen Gegensatzes der »Rechtsfrage« zur »Schuldfrage«) die Nichtgeltung des Zweidrittelmehrheitserfordernisses abgeleitet wird.

Ich kann diese Lehre nur zum Teil als richtig anerkennen. Richtig ist zwar, daß sich die Abstimmung in der Revisionsinstanz in einer der ersten Instanz unbekannten Weise zerlegt; aber hierbei sind meines Erachtens die Abstimmungsthemata schärfer und anders, als es wohl die herrschende Lehre meint, zu umreißen. Und ganz abzulehnen ist meines Erachtens die Meinung, daß die Revisionsinstanz mit Zweidrittelmehrheit nichts zu schaffen habe.

Da es sich darum handelt, klarzustellen, inwiefern die dem Revisionsgericht obliegende besondere Aufgabe besondere Grundsätze für das Abstimmungsverfahren herausfordert, und dabei Begriff und Bedeutung der »Rechtsfrage« eine entscheidende Rolle spielen, so muß der Weg der Untersuchung des Problems durch eine grundlegende allgemeine Erörterung über die »Rechtsfrage« in ihrer allgemeinen Bedeutung hindurchführen.

A. Begriff und prozessuale Funktion der »Rechtsfrage«.

Eine bunte Fülle von »Fragen« ist es, vor die sich das Gericht im Prozeß gestellt sehen kann. Ihrer so Herr zu werden, daß sich ihre Behandlung dem Prozeßzweck logisch-korrekt einfügt, kann nur gelingen, wenn jene andrängenden Fragen in Klassen geschieden werden, deren jede sich logisch innerlich scharf erfassen läßt und in exaktem, logischem Verhältnis zu den anderen Klassen steht, und wenn zugleich

die Tabelle der Fragenkategorien so erschöpfend ist, daß kein Rest bleibt. Solange es an solcher Systematik gebricht, leidet die juristische Problemstellung und mit ihr mittelbar die Lösung der Probleme selber Not. Divide et impera!

Heute sind wir leider noch nicht so weit, daß sich Wissenschaft und Praxis der denknotwendigen Kategorientafel vollbewußt geworden wären. Man hat sich wohl, zum Teil sehr eingehend, der Herausarbeitung des Umfangs einzelner Fragen in ihrem Verhältnis zueinander gewidmet (Schuldfrage — Straffrage; Beweisfrage — Tatfrage — Subsumtionsfrage — Rechtsfrage usw.); aber überall erhalten sich hartnäckig Streitfragen. Der Grund dieses unbefriedigenden Zustandes ist der, daß man, durch das jeweilige Interesse angeregt, bald diese, bald jene Einzelfrage aus dem großen Fragenheer heraus zum Gegenstand der Untersuchung gemacht und, wenn man sie dabei auch inhaltlich und funktionell gegen andere Fragen abzugrenzen unternommen hat, doch bei solchem induktiven Verfahren nicht hoch genug hinaufgestiegen ist und den obersten herrschenden Gesichtspunkt nicht gewonnen hat. Auf diesem Wege konnte weder ein geschlossenes System, noch eine wahrhaft reinliche Gliederung zuwege gebracht werden. Noch läuft deshalb viel Unklarheit um hinsichtlich des Verhältnisses der oben aufgeführten Fragen zueinander; nicht selten ist auch die Unvollständigkeit der Induktionsbasis verschleiert geblieben. Man kann sogar sagen, daß unsere heutige Strafprozeßtheorie der Lehre von der Systematik der an das Gericht herantretenden Fragen geradezu Abneigung entgegenbringt. Wird doch häufig die Notwendigkeit mühsamer Fragenstellung im Schwurgericht als einer der Mängel des letzteren bezeichnet — nicht etwa in dem Sinne, als seien die gesetzlichen Einzelbestimmungen über die Schwurgerichtsfragen reformbedürftig, sondern so gemeint, daß die Fragenstellung als solche eine dem Schwurgericht eigentümliche crux sei. In Wahrheit ist gerade der Zwang zu sorgfältiger Herausarbeitung und ausdrücklicher Formung der zu lösenden Fragen ein Glanzpunkt des Schwurgerichts [1]), und die Strafjustiz würde sehr gewinnen, wenn jede beliebige Entscheidung jedes beliebigen Gerichts als Antwort auf eine zuvor zu Papier gebrachte Frage gestaltet würde. Denn was dem Schwurgericht eigen ist, ist nur der papierne Fragebogen. Sein geistiger Inhalt spielt entsprechend überall sonst auch eine erhebliche Rolle; und daß dieser, statt expressis verbis schwarz auf weiß zu stehen, den Richtern nur in verschwommenen Umrissen vor der Seele steht, ist ein Hauptgrund, weshalb die Abstimmungslehre noch immer Not leidet.

Eine voll befriedigende Ordnung des gesamten, im Prozeß auftretenden Fragenstoffes fordert ein deduktives Verfahren heraus. Die

[1]) Womit ich mich aber nicht als Anhänger des Schwurgerichts bekennen will.

Ausgangspunkte für die Deduktion sind glücklicherweise durchaus gesichert. Und ich glaube auch nicht zu viel zu sagen, wenn ich behaupte, daß sich die von da aus ergebenden Denkschritte in zwingend einleuchtender Weise von selbst ergeben.

I. Wo ein Gericht im Prozeß irgendwelche »Fragen« zu beantworten hat, handelt es sich stets und ausnahmslos um eine individuelle Normierung einer Rechtsfolge, also um ein praktisches Handeln, einen emotionalen, und zwar volitiven Denkakt im Sinne Heinrich Maiers[2]), nicht einen theoretischen Aussagesatz, ein reines Erkenntnisurteil im Sinne der Logik. Reine Erkenntnisurteile figurieren im Dienste der praktischen Aufgabe, wie alsbald näher aufzuzeigen sein wird, bilden aber nur Mittel zum Zweck[3]).

Jenes praktische Handeln im Prozeß kann aber nie etwas anderes sein als ein Prozeßakt bestimmter Art. Eine Schlüssigmachung darüber, ob überhaupt »etwas« geschehen solle, wäre leer und bedeutungslos. Es kann sich jeweils immer nur darum handeln, ob z. B. ein Eröffnungsbeschluß, ein Haftbefehl, ein Strafbefehl erlassen, ein Beweisantrag abgelehnt, die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, ein verurteilendes Urteil erlassen, die Hauptverhandlung ausgesetzt werden solle usw. Darf den Willenserklärungen des Gerichts auch ein gewisses Maß von Unbestimmtheit, besonders in der Form der Alternativentscheidung, anhaften, so hat doch anderenteils diese Unbestimmtheit eben ihre Grenzen. Und der Blick des Gerichts richtet sich jedenfalls auf dasjenige, was den Prozeßakt als einen so oder so bestimmten hervortreten läßt.

So ist denn die Frage aller Fragen immer und überall die: »Sollen wir (soll ich) so entscheiden (= **diese** Rechtsfolge bestimmen)?«[4])

Ist dies die Sammellinse für Fragen aller Art, so ergibt sich sofort, daß es so viele Rubriken von Fragen, ihrem Thema nach, gibt, wie es Arten von gerichtlichen Willenserklärungen gibt. Diese aber scheiden sich in folgende Klassen:

---

[2]) Psychologie des emotionalen Denkens 1908.

[3]) Dies auch da, wo sie, wie bei den Plenarentscheidungen des Reichsgerichts, aus der zu fällenden Entscheidung in einen isolierten Ausspruch hinausverlegt sind. Über die Besonderheiten dieses Falles s. unten C. — Über den Charakter des Wahrspruchs der Geschworenen s. Beling in diesem Archiv **63** 167.

[4]) Ob die Anordnung in Worten formuliert ausgesprochen wird oder der Inhalt stillschweigend durch Vornahme eines durch die vorgängige Stellungnahme bedingten Prozeßakts betätigt wird (z. B. Eintritt in eine Hauptverhandlung ohne vorgängigen Beschluß des Inhalts, daß in sie einzutreten sei usw.) macht in unserem Zusammenhange keinen Unterschied aus. Es soll deshalb im weiteren nur auf die Fälle der ausdrücklichen, nicht der »latenten« Entscheidung abgehoben werden.

1. Ihrem Inhalt nach besagen die gerichtlichen Entscheidungen entweder
   a) daß, soweit es auf sie ankomme, der Prozeß zu Ende sein solle — prozeßerledigende Entscheidungen —, sei es
      α) im Sinne einer Entscheidung über den Prozeßgegenstand selber (Verurteilung — Freisprechung) — Sachentscheidung; oder
      β) im Sinne rein formaler Prozeßbeendigung mit der Unterteilung: wegen Unstatthaftigkeit des konkreten Verfahrens oder wegen Unzulässigkeit der Strafverfolgung überhaupt;
   b) oder sie lauten auf eine in den Prozeßlauf hineinfallende Rechtsfolge und eröffnen den Ausblick auf Prozeßfortführung — laufende Entscheidungen.

Innerhalb der genannten Klassen tritt eine weitere Verzweigung in Unterklassen je nach dem sachlichen Gehalt des in Frage kommenden Entscheidungstenors hervor. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung bedarf es eines weiteren Eingehens hierauf nicht. Auch die Aufweisung der Bestandteile, aus denen sich der Entscheidungsinhalt zusammensetzt, ist an dieser Stelle nicht veranlaßt [5]).

2. Ihrer Form nach sind die Entscheidungen entweder Urteile oder Beschlüsse oder Verfügungen.

So lautet denn die hauptsächlichste Frage, die das Prozeßrecht kennt, dahin:

Sollen wir den Angeklagten wegen . . . verurteilen?

Die Entscheidungsform ist natürlich in das Fragethema mit einzustellen, also:

Sollen wir durch Urteil (usw. wie vor)?

Die umgekehrte, auf Freisprechung gerichtete Frage bildet dagegen niemals ein echtes Fragethema. Die Freisprechung ist nur das negative Ergebnis, das unausweichlich ist, wenn bei einem Sachurteil keine Verurteilung im Willen des Gerichts liegt. Wohl muß, bevor die Verurteilungsfrage gestellt wird, erst bejahend entschieden sein, daß überhaupt ein Sachurteil zu erlassen ist (deshalb läuft die sogleich zu erwähnende Frage wegen etwaiger Einstellung des Verfahrens voraus); ist aber der Sachurteilserlaß als geboten anerkannt, so ist nach Verneinung der Verurteilungsfrage nicht mehr darüber zu entscheiden, ob freizusprechen sei, sondern lediglich die Freisprechung zu betätigen.

---

[5]) Wegen der Scheidung der Bestandteile des Schuldspruchs und dessen Abgrenzung gegen den Strafausspruch verweise ich auf meine Abhandlung in diesem Archiv **63** 163 ff.

Soweit es sich um prozeßerledigende Formalentscheidung handelt, ist das Fragethema entweder:

Sollen wir dieses Verfahren als solches einstellen?

oder:

Sollen wir das Verfahren als generell unstatthaft einstellen? [6])

Dabei sind dann, wie bei der Verurteilungsfrage, die Entscheidungsformen (Urteil — Beschluß) dem Fragethema einzuverleiben.

Für die laufenden Entscheidungen gilt Entsprechendes. Das Thema lautet:

Sollen wir — z. B. — das Hauptverfahren eröffnen?

Die Reihenfolge, in der die Fragen zu erledigen sind, ist die, daß stets der Erlaß einer in Frage kommenden nur laufenden Entscheidung den Reigen eröffnet; erst wenn dieser Punkt verneinend bereinigt ist, schließen sich an: die Frage, ob dieses Verfahren als mangelhaft einzustellen sei; wenn nein: ob es wegen genereller Unzulässigkeit der Strafverfolgung einzustellen sei; wenn nein: ob zu verurteilen sei.

II. Die vorstehend aufgeführten Fragen sind Entscheidungsthemafragen. Sie verlangen die Fixierung des Entscheidungsgegenstands und heischen zugleich Stellungnahme dazu, wie inhaltlich und formmäßig zu entscheiden sei. In Ansehung des Inhalts der Entscheidung nun muß die zu erteilende Antwort unterbaut sein durch den Entscheidungssyllogismus. Dieser ist selbst wieder Beantwortung von Fragen, die aber im scharfen logischen Gegensatz gegen die »zu entscheidenden« Fragen bloße »Feststellung« erheischen so, daß die Antwort auf sie nur einen unselbständigen, im Inneren der Entscheidung verschwindenden und nicht zum Range eines Tenorbestandteils aufsteigenden Durchgangspunkt bedeutet. Hier nun, und erst hier ist es, wo die Scheidung von »Rechtsfrage« und »Tatsachenfrage« auftaucht. Es ist ein fehlerhafter Sprachgebrauch, wenn von »Rechtsfrageentscheidung«, »Tatfrage-

[6]) Die Auseinanderhaltung dieser zwei Fragethemata ist deshalb geboten, weil die Rechtsfolgen der einen und der anderen Entscheidungsart verschieden sind. Dagegen kommt neben der »Einstellung des Verfahrens« eine andere formelle Prozeßerledigung nicht in Frage; jede solche ist eben eine »Einstellung«. Wenn man Aussprüche wie »Unzulässigerklärung der Strafverfolgung« und dergl. für statthaft erklärt hat, so beruht dies auf einer vor der Logik nicht Stich haltenden Koordination der Entscheidung selbst und ihrer Gründe. Jede Entscheidung, die den Prozeß für formell abgetan erklärt, ist »Einstellung« und beruht auf der Feststellung, daß »Unzulässigkeit der Strafverfolgung« (sei es generell, sei es dieser Strafverfolgung) vorliegt. § 259 StPO. ist richtig dahin zu deuten, daß alle Einstellungen grundsätzlich in Beschlußform ergehen und nur die im Gesetz ausdrücklich der Urteilsform für teilhaftig erklärten in Urteilsform zu kleiden sind.

entscheidung« gesprochen wird [7]). Entschieden wird im Strafprozeß immer nur über die im Hinblick auf die konkrete Lebenslage an der Hand der Rechtssätze zu normierende Rechtsfolge. Wohl aber sind als Glieder des Syllogismus festzustellen einmal dieser oder jener Rechtssatz als der rechtliche Maßstab; sodann diese oder jene Lebenskonkreta als das an jenem Maßstab zu Messende [8]) — und durch den Subsumtionsschluß, der sie verbindet, ist zu dem Entscheidungsgehalt aufzusteigen.

Die Antwort auf die Frage, welche Rechtssätze in den hierfür dienenden Syllogismus einzustellen seien (und welchen Inhalts sie seien), sowie die Antwort auf die Frage, wie beschaffen das von diesen beherrschte Stück Menschenleben sei, sind Erkenntnisurteile im Sinne der Logik, nicht Willenserklärungen. Sie tragen als Prämissen den aus ihnen abgeleiteten Schluß und den hiermit bestimmten volitiven Denkakt und sind, so grundlegend und zwingend sie für diesen sind, eben doch nicht Bestandteile der Entscheidung, was sich auch äußerlich darin kundgibt, daß sie nicht in den Tenor gehören.

Da alle Entscheidungen, welchen Inhalts sie auch seien, einesteils einer bestimmten Lebenssachlage gelten [9]), anderenteils auf Rechtsboden zu ergehen haben [10]), so erhellt ferner, daß es fehlerhaft

---

[7]) Ebenso gibt es keine »Schuldfrageentscheidung«, keine »Straffrageentscheidung«; vgl. meine Darlegungen in diesem Archiv **63** 165.

[8] Über und gegen die angebliche Unmöglichkeit einer Trennung von Rechts- und Tatsachenfrage s. meine Ausführungen in Zeitschr. f. StrRWiss. **37** 381 sowie in diesem Archiv **63** 177 und Rittler in Mittermaier-Liepmann, Schwurgerichte und Schöffengerichte **1** 463 ff. Natürlich verläuft der Trennstrich zwischen Rechtlichem und Tatsächlichem nicht — wie Binding, Abhdlgen. **2** 42 der von ihm bekämpften herrschenden Anschauung unterstellt — so, daß das Rechtliche in der Verbotenheit läge, und das Objekt, dem die Wertung als verboten gilt, »nackte Tatsache« wäre, sondern sämtliche begrifflichen Bestandteile des Strafgesetzes, vor allem der gesetzliche Tatbestand, sind jus, Rechtsbegriffe, die der Rechtsfrage zugehören. Es wäre natürlich falsch, das Verbrechen der Tötung »aus der unjuristischen Substanz Tötung und der juristischen Zutat, daß sie verboten ist«, bestehen zu lassen. Aber im Prozeß ist eben überall irgendein Komplex von Lebenstatsachen ins Auge zu fassen, und zwar zunächst so, daß er in seiner Reinheit vor Augen steht, um ihn dann an dem abstrakten rechtsbegrifflichen Maßstab zu messen und zu bestimmen, ob er ihm entspricht oder nicht. Ebenso ist umgekehrt bei der »Verbotenheit« nicht bloß eine Rechtsfrage zu lösen, sondern das in concreto gegebene rein Tatsächliche daraufhin zu prüfen, ob in ihm die rechtlichen Merkmale des Rechtswidrigen gegeben sind.

[9]) GVG. § 137 möge hier einstweilen außer Betracht bleiben; darüber unten C.

[10]) Daß der anzuwendende Rechtssatz Werturteilselemente in sich schließen kann (mit der sich daran heftenden Frage, wie es insoweit mit der »Subsumtion« stehe), verschlägt dabei nichts; irgendein vom Recht gegebener Maßstab und eine an ihm zu messende Lebenslage müssen immer miteinander verknüpft werden.

ist, die Rechts- und die Tatsachenfrage, wie es auch heute noch so oft geschieht, bloß im Hinblick auf die Schuldfrage zu behandeln. Die logische Struktur der Straffrage wie die der prozeßrechtlichen Fragen aller Art ist genau die gleiche: überall gilt es, den normierenden Rechtssatz und das unter ihn zu subsumierende Lebensmaterial logisch zu scheiden und so die zwei Prämissen zu gewinnen, die die Schlußfolgerung tragen [11]).

III. Der Entscheidungsthemafrage und der im Entscheidungsunterbau eingebetteten Zweiheit der Rechts- und der Tatsachenfrage gesellt sich als dritte Fragengruppe hinzu die Gruppe von Fragen danach, ob überhaupt eine, und zwar eine solche Entscheidung (insbesondere in solcher Form) zu erlassen ist. So bedingt der Erlaß eines Sachurteils die Vorfeststellung, daß die Hauptverhandlung erledigt ist, daß die den konkreten Prozeß bedingenden Prozeßvoraussetzungen gegeben sind, und daß die Strafverfolgung zulässig ist. (Ich bezeichne die hier im Gesetz aufgestellten Bedingungen als Prozeßgestaltungsvoraussetzungen; zu ihnen gehören die Urteilsvoraussetzungen und die Urteilsqualitätsvoraussetzungen [12]).) Auch diese Fragen teilen sich logisch in einen Rechts- und einen Tatsachenfragenbestandteil; sie unterscheiden sich aber von den dem Entscheidungssyllogismus angehörenden dadurch, daß ihre Beantwortung nicht ihren Abschluß in einer Entscheidung als einer ausdrücklichen Willenserklärung findet, sondern nur als (ausgesprochene oder nicht ausgesprochene) Durchgangsfeststellung verwendet wird, das heißt nur durch die Tat, das ist durch Erlaß der Zielsentscheidung, ihre Zweckbestimmung erreicht [13]).

(Daß die Scheidung von Entscheidungen — Syllogismusfeststellungen — Durchgangsfeststellungen nur relativ ist, daß eine identische Frage jenachdem Entscheidungsthema sein oder in die Gründe einer Entscheidung gehören oder endlich Feststellung bloß im Vorübergehen heischen kann, bedarf kaum der Betonung. Es handelt sich eben nur um eine prozessuale Funktion, nicht um Eigenschaften, die aus dem Fragetext erhellen.)

---

[11]) Viel verschuldet hat der übliche Ausdruck »Tatfrage«. Mit ihm verknüpft sich die Vorstellung von der begangenen Tat und in weiterer Folge die Vorstellung, als interessiere das Tatsächliche des Lebens sonst nicht. Überdies kommt auf Rechnung dieses Ausdrucks auch die Unklarheit, die hinsichtlich des inneren Gehalts der Schuldfrage und ihrer logischen Elemente obwaltet: als ob ein Gegensatz zwischen »Tatfrage« und Straffrage bestehe, und als ob die »Tatfrage« schon irgendwie die Tat als juristisches Gebilde (anstatt als einen erst der juristischen Beurteilung harrenden reinen Tatsachenkomplex) begreife.

[12]) Vgl. meine Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren, S. 22 ff., 29 ff.

[13]) Vgl. hierzu meine Ausführungen in diesem Archiv 63 164.

IV. Überall da nun, wo es sich um die einen Entscheidungsinhalt motivierenden oder um Durchgangsfeststellungen handelt, ist das Fragengerüst mit der Fragenzweiheit »Rechts- und Tatsachenfrage« erschöpfend errichtet. Nach dem Inhalt der Entscheidung kann weitere Zerlegung geboten sein (so namentlich Schuldfrage — diese wiederum mit ihren Teilstücken — und Straffrage); aber für die Antwort auf jeden dieser Fragenbestandteile stellt sich unausweichlich die Unterbauung durch jene zwei Fragen ein. Es gibt darüber hinaus weder eine »abstrakte Rechtsfrage«, noch eine »Beweisfrage«, noch eine wirkliche »Subsumtionsfrage« [14]).

1. Wer von einer »abstrakten Rechtsfrage« spricht und damit die Vorstellung verbindet, diese Frage sei isoliert zu bereinigen, bevor der Syllogismus vollzogen werde, muß Rede und Antwort darauf stehen, wie er sich die dem Syllogismus angehörige »konkrete« Rechtsfrage denkt. Nun kann man gewiß unter der »konkreten Rechtsfrage« die Frage nach der für den jeweils vorliegenden Fall zu normierenden Rechts folge verstehen, also eine Frage anderen Inhalts als die »abstrakte Rechtsfrage«, die nur die Antwort herausfordert, wie der zugrunde zu legende Rechtssatz beschaffen sei. Nimmt man aber den Gegensatz in diesem Sinne, so müssen beide Rechtsfragen ihre Antwort in dem Syllogismus erhalten: die abstrakte in der ersten Prämisse, die konkrete in der conclusio. Außerhalb der conclusio liegt die abstrakte Rechtsfrage gewiß; aber sie als außerhalb des Syllogismus liegend anzusehen, ist eine offensichtliche Verwechslung. Ganz unerschüttert bleibt bei dieser Gegenüberstellung des Abstraktjuristischen und der für den Fall zu bestimmenden Rechtsfolge auch, daß Entscheidungsthema immer nur die letztere ist, insofern die conclusio den Inhalt des volitiven Denkakts bestimmt, wohingegen die abstrakte Rechtsfrage nichts als eins der feststellungsbedürftigen (nicht entscheidungsfähigen) Einzelelemente im Unterbau der Entscheidung ist.

In der Regel denkt man sich die Gegenüberstellung der abstrakten und der konkreten Rechtsfrage wohl auch nicht in dieser Weise. Sondern man meint damit eine gleichinhaltliche Frage (z. B. ob zum dolus das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erforderlich sei) und nennt diese »abstrakt«, wenn sie isoliert, als rein theoretische Juristenfrage gefaßt wird, während sie zur »konkreten« werde, wenn man zum Behufe praktischer Anwendung mit ihr den gegebenen Lebensfall (die Antwort auf die Tatsachenfrage) zusammenhalte. Aber auch wenn man dies meint, ist jede Herausschneidung der abstrakten Rechtsfrage aus dem Syllogismus unmöglich. Denn dann ist der Unterschied der angeblichen »beiden« Fragen vielmehr der, daß eine identische Frage das

[14]) Wie dies Binding, Abhandlungen **2** 154 (und sonst) lehrt.



eine Mal — als »konkrete« — in einer besonderen Funktion, das andere Mal — als »abstrakte« — ohne praktische Funktionen, als reines Erkenntnisobjekt vorgestellt wird. Als konkrete Rechtsfrage gehört diese natürlich dem Syllogismus an, denn sonst würde man diesem eine seiner Prämissen rauben. Taucht aber diese Frage erst im Syllogismus auf, so ist es undenkbar, daß diesem die »abstrakte« Rechtsfrage vorausgelaufen sein soll, da diese ja mit jener identisch ist und nicht zweimal die nämliche Frage Antwortobjekt sein kann. Wenn man die Rechtsfrage im Prozeß »abstrakt« nennt, so markiert man damit nur ihre logische Selbständigkeit als Frage nach der ersten Prämisse des Syllogismus und die Unabhängigkeit ihrer Beantwortung von dem konkreten Tatsachenmaterial. Daß man sie damit aber nicht vor den Syllogismus verlegt, zeigt sich darin, daß die Antwort, also die »abstrakte Rechtsantwort«, in dem fertigen Syllogismus eben die propositio major, also einen unlöslichen und unentbehrlichen Bestandteil, bildet. Kann und muß man doch auch die Tatsachenfrage logisch in ihrer Besonderheit, abgelöst von dem Zusammenhalt mit der Rechtsfrage, erfassen; und wenn darin eine Herausnahme aus dem Syllogismus läge, so bliebe statt des ganzen Syllogismus, der ja seiner Prämissen beraubt wäre, nur noch die conclusio übrig. Das alles ist abwegig. Wer sich den Syllogismus als Frageobjekt klar vor Augen stellt, kann unmöglich verkennen, daß die Fragen nach dem Gegebensein der Prämissen, unbeschadet ihrer relativen logischen Selbständigkeit, von der Syllogismusfrage umschlossen werden.

Auch der Umstand vermag die vermeintliche »konkrete Rechtsfrage« als eine der »abstrakten« gegenüber besondere nicht zu retten, daß die Auswahl der als propositio major heranzuziehenden Rechtssätze und mit ihr die Feststellung ihres Inhalts vermittelst Frage und Antwort nur an Hand des zu beurteilenden Lebensausschnitts geschehen kann. Denn diese Auswahl erlangt Definitivität erst mit dem Denkakt, der die beiden Prämissen als fertig vorliegende zueinander gehörig und zusammen den (bejahenden oder verneinenden) Schluß ergebend fixiert, also mit dem Augenblick, in dem die Antwort auf die »abstrakte Rechtsfrage« eben keine Frage mehr ist. Will man also die Auswahlfrage als »konkrete Rechtsfrage« dem Syllogismus voranlaufen lassen, so kann sie immer nur ein vorläufiges Antwortobjekt bilden; die maßgebliche Stellungnahme zu ihr erbringt erst der Syllogismus selber. Ist doch in gleicher Weise umgekehrt auch die Auswahlfrage hinsichtlich der relevanten Tatsachen eine durch die Rechtsfrage geleitete, ohne daß darum ein begrifflicher Unterschied zwischen zwei Tatsachenfragen gegeben wäre.

So steht also fest: die Rechtsfrage ist stets abstrakt; und eben diese abstrakte Rechtsfrage ist im Inneren der Syllogismusfrage gelegen.

2. Was die »Beweisfrage« anlangt, so ist sie identisch mit der Tatsachenfrage, der Frage nach dem in die propositio minor einzustellenden Material an Lebenskonkreta. Daß für deren Feststellung die juristische Formung zu vermeiden ist, liegt auf der Hand; denn diese juristische Formung liegt oberhalb des Beweises; die Feststellung z. B., daß der Angeklagte »fremde Sachen beschädigt« habe, griffe schon in die Subsumtion ein, und diese kann nicht anders vor sich gehen als unter reinlicher Scheidung des rechtlichen Maßstabs und des rechtlich zu würdigenden Tatsächlichen. Ohne eine propositio minor ist Subsumtion, rechtliche Fallbeurteilung, so wenig möglich wie ohne eine propositio major. Die Prämissen sind, jede in ihrer Reinheit gefaßt, das logische prius.

Auch die rechtliche Gebundenheit des Beweisverfahrens selber [15]) ändert hieran nichts. Dieses Verfahren wirft wohl besondere Entscheidungen mit eigenem Fragethema ab (soll der Zeuge X. vereidigt werden? usw.) [16]), die Frage nach den erwiesenen Tatsachen und ihre Beantwortung aber liegen logisch wie zeitlich hinter dem Beweisverfahren; bei ihrer Lösung ist zwar darauf zu fußen, daß zuvor ein prozeßrechtgemäßes Beweisverfahren stattgefunden hat, aber die Frage, was sich als wahr herausgestellt habe, ist in ihrer thematischen Selbständigkeit unverkennbar.

3. Endlich die »Subsumtionsfrage« könnte erstlich verstanden werden als die Frage, ob der Rechtssatz und die Tatsachen endgültig als aufeinander bezüglich festzuhalten seien (vgl. oben S. 149). Versteht man sie aber so, so kann sie immer nur uno actu mit der Fixierung beider Prämissen als solcher bejaht oder verneint werden. Die Prämissen selbst sind es, die dem bisherigen Auswahlproblem ein Ende bereiten. Oder aber man versteht die Subsumtionsfrage nach ihrem Inhalt dahin, ob im Wege der Subsumtion ein bejahender oder ein verneinender Schluß herauskomme. Dann aber ist diese »Frage« in demselben Augenblick, in dem sie aufgeworfen wird, eben für den Richter k e i n e Frage mehr, da die Logik sie unmittelbar beantwortet, es sich eben einfach um das den Syllogismus als conclusio krönende Urteil (im Sinne der Logik) selber handelt [17]).

---

[15]) Argument Bindings, Abhandlungen 2 46.

[16]) Bei diesen wiederum Spaltung in Rechtsteil (Erfassung der Beweisrechtssätze) und Tatsachenteil (z. B. Alter des vernommenen Zeugen).

[17]) Die echten »Fragen« des Prozeßrechts sind alle so beschaffen, daß sie mit bloßer Logik nicht beantwortet werden können. Das gilt auch für die das Entscheidungsthema individuell erfassende Frage: worüber haben wir zu entscheiden? Denn für ihre Beantwortung ist die zwischen Frage und Antwort liegende Feststellung der Prozeßgegebenheiten, z. B. des Inhalts der Anklage, erforderlich.

Wenn Binding[18]) die Schnittlinie so legt, daß die abstrakte Rechtsfrage als Vorfrage erscheint, darauf (beim Sachurteil) die Schuldfrage, als Beweisfrage, auftaucht und ihr die Subsumtionsfrage und dann die Straffrage nachfolgt, so ist, wie nach dem Vorausgeführten ersichtlich, der Kardinalfehler der, daß die »Beweisfrage« mit juristischen Elementen (rechtliche Bedeutung der Lebenskonkreta) gesättigt wird, also in sie ein Stück der Rechtsfrage und ein Stück der Subsumtion hineingezogen werden, obendrein ohne daß ein Grund dafür aufgezeigt würde, weshalb gewisse Stücke in die Beweisaufnahme hineinfallen und andere außerhalb bleiben sollen. Binding denkt sich die Sache so, daß die Schuldfragebejahung nur die deliktsbegriffliche Subsumtion einschließe, dagegen die Frage nach der Subsumtion der Tat unter das Strafgesetz und unter welches von mehreren Strafgesetzen hinter ihr liege. Er verselbständigt dabei zudem in seiner bekannten Weise das »Delikt« so, daß es zum »Verbrechen« erst durch Hinzutritt der »Strafbarkeitsmerkmale« werde, mit der Folgerung, daß Strafausschließungsgründe gar nicht einmal in die Subsumtionsfrage, sondern in die Straffrage hineinfallen sollen. Aber auch wenn man sich diese auf dem Felde des materiellen Strafrechts liegende Scheidung von Deliktsmerkmalen und Strafbarkeitsmerkmalen gefallen lassen will, so ist doch sicher, daß die auf die »Delikts«natur der Tat in Bindings Sinne beschränkte Subsumtion im Strafprozeß immer nur im Rahmen der Gesamtsubsumtion unter das Strafgesetz, in dem das »Delikt« nur den zentralen Bestandteil bildet, Sinn und Zweck hat. Den Deliktscharakter zuerst abgerissen vom Strafgesetz festzustellen, würde überall da eine ganz nutzlose Arbeit bedeuten, wo hintendrein jene Teilsubsumtion sich als deshalb überflüssig erweist, weil es wegen Gesetzeskonkurrenz oder wegen eines Strafausschließungsgrundes auf ihre Feststellung überhaupt nicht ankommt. Schließlich muß Binding mit seiner Gegenüberstellung von Beweisfrage, Subsumtionsfrage und Straffrage in seinem Sinne wohl oder übel die Vorstellung verbinden, als wäre für die Feststellung der Strafbarkeitsmerkmale, also auf dem Felde der angeblichen Straffrage, weder »Subsumtion« noch »Beweis« mehr nötig[19])!

V. Das festzuhaltende Ergebnis der vorausgegangenen Erörterungen ist hinsichtlich der »Rechtsfrage« das, daß diese niemals den »Entscheidungsgegenstand« bildet, daß sie niemals im Prozeß »entschieden« wird, daß sie vielmehr nur ein Feststellungsobjekt

---

[18]) Abhandlungen 2 68 Anm. 63, S. 154 ff., vgl. auch Ötker, Schwurger. und Schöffenger. 6.

[19]) Gegen Binding (und Planck, sowie Hugo Meyer, die ähnlich wie Binding konstruieren) auch Rittler 556, 546 ff., s. auch denselben 601 in Anm. 1 a. E. Vgl. meine Ausführungen in Ztschr. f. StrRWiss. 37 370 ff.

ist und ihre Feststellung ein unauslöslicher Teil des Syllogismus ist, der als Ganzes den begründenden Unterbau einer Entscheidung trägt [20]).

Zugleich ist damit die sogenannte Totalabstimmung als die richtige Methode für Kollegialgerichte erwiesen. Es ist stets über die Entscheidungsthemafrage ungeteilt abzustimmen (»sollen wir so entscheiden?«), nicht über die einzelnen, im Unterbau liegenden Momente [21]). Die dem Richter zufallende Prüfungsfunktion und die dem Gericht obliegende Abstimmungsfunktion dürfen nicht zusammengeworfen werden.

VI. Hiernach kann nun auch das logische Verhältnis zwischen der Schuldfrage und der mit ihr in Beziehung stehenden Rechtsfrage genau bestimmt werden. Die Schuldfrage lautet [22]): Sollen wir den Angeklagten unter dem und dem titulus verurteilen? Sie begreift in sich einen inhaltlichen Bestandteil des Entscheidungsthemas. Die Antwort auf sie ruht auf dem Syllogismus, in dem das Strafgesetz als propositio major, die festgestellten Lebenskonkreta als propositio minor auftreten. Wird also behauptet, die Schuldfrage »umfasse die Rechtsfrage nicht mit« [23]), als ob also jene und diese in logischer Staffelung aufeinanderfolgten, so wird der Syllogismus selber so zerspalten, daß die angebliche »Schuldfrage« nur Reste des

[20]) Oder — was aber hier nicht weiter verfolgt zu werden braucht — sogar nur einem Syllogismus zugehört, der als bloße Durchgangsfeststellung fungiert (oben III).

[21]) Richtig Binding, Abhandlungen 2 151: »Die Abstimmung bei Gericht bezweckt weder eine Einigung der Mitglieder auf intellektuellem Gebiete, noch eine Feststellung ihrer Einzelansichten, sondern sie ist ein Akt der gerichtlichen Willensbildung.« Eben deshalb ist es aber eine Selbsttäuschung, wenn Binding meint (a. O. 152), daß »richtig gehandhabte Totalabstimmung« und »richtig gehandhabte Teilabstimmung« zu dem gleichen Ergebnis führen. Er verfällt sofort wieder aus dem Richtigen ins Unrichtige, wenn er (S. 152) lehrt, »das Gericht hat stets so viele Fragen gesondert zu beantworten« (gemeint ist: durch gesonderte Abstimmung zu beantworten), »als ihm das Gesetz und der konkrete Prozeß stellt«. Eine Frage beantworten bedeutet nicht sie zum selbständigen Abstimmungsgegenstande machen. Vgl. meine Erörterungen in Ztschr. f. StrRWiss. **37** 376 ff.

[22]) Ich lege hier die über den inhaltlichen Bestand der Schuldfrage in Praxis und Theorie durchaus herrschende Auffassung zugrunde, wonach die Schuldfrage die Frage nach dem Bestehen des so oder so beschaffenen Strafanspruchs ist. Ihre Rechtfertigung gegen Bindings Widerspruch (vgl. auch Ötker 10, 12, 195, Birkmeyer 649) ergeben meine Bemerkungen in Ztschr. f. StrRWiss. **37** 375; s. ferner die von Binding selbst (Abhdlgen. 2 68 Anm. 63) zitierten Görres, Rosenfeld, Rittler, Singewald, Graf Dohna, sowie Lazarus, Die sog. Schuld-, Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe im Strafprozeß 1911.

[23]) So v. Kries 453. Zutreffend Birkmeyer, Strafprozeß 652, Rittler 476 (V).

Syllogismus: die propositio minor und die Subsumtion, also ein logisch verstümmeltes Gebilde, in sich begreift.

Gewiß könnte nun dieses logische Bruchstück juristisch den Namen der »Schuldfrage« führen und der »Rechtsfrage« als ein Besonderes gegenübertreten, und es kann nicht a priori behauptet werden, daß die Sonderung nicht für die praktische Behandlung von Erheblichkeit sein könne. Die Macht der Logik hätte hier ihr Ende. Aber gerade die der Strafprozeßordnung ersichtlich zugrunde liegende ratio läßt so deutlich wie möglich erkennen, daß die g a n z e Syllogismusfrage, die den Schuldbestandteil der Entscheidung angeht, die »Schuldfrage« ist und die Rechtsfrage ein Hauptelement in ihr bildet. Gerade der Rechtszweck, dem der Syllogismus dient, verlangt, daß, unbeschadet der Unerläßlichkeit logischer Trennung der Fragen und der damit verbundenen Verschiedenheit der Feststellungsprozedur hinsichtlich der Wahrheit der beiden Prämissen doch die Syllogismusfrage praktisch als Ganzes behandelt wird [24]).

Das, worauf es dem Strafprozeßrecht ankommt, ist unbestreitbar die Richtigkeit des Entscheidungsinhalts, also der Rechtsfolgenormierung für den konkreten Fall. Diese aber ist bedingt durch die Richtigkeit der Erkenntnisurteile, die den Syllogismus der Entscheidung ausmachen so, daß jedes Glied des letzteren in gleicher Weise an der Verantwortung für die Richtigkeit der Entscheidung teilnimmt. Auf der anderen Seite hat aber keines der Glieder des Syllogismus strafprozessualen Eigenwert. Herausgelöst aus dem Ganzen und isoliert ist keine der Prämissen von praktischem Werte; es handelt sich im Strafprozeß nicht um Gewinnung theoretischer Erkenntnisse. Das zeigt sich deutlich darin, daß die Anfechtung von Entscheidungen niemals gegen noch so unrichtige Begründungen als solche gerichtet sein kann. Jedem der dem Schluß eigenen drei Erkenntnisurteile: den beiden Prämissen und der conclusio, wohnt ein nur abgeleiteter, bedingter Wert inne, und dies nur in ihrer Gesamtheit. Alle Rechtsfeststellung und alle Tatsachenfeststellung liegt jenseit des Prozeßzwecks, soweit sie nicht als Mittel zum Zweck der Entscheidung auftritt; und soweit sie als solches Mittel auftritt, entfaltet jede Prämisse eben nur in Verbindung mit der anderen Prämisse praktischen Wert.

Deshalb sind im Sinne des einzelnen Prozesses Fehlgriffe hinsichtlich der Rechtsfrage von genau dem gleichen Rang wie hinsichtlich der Tatsachenfrage. Die falschen Entscheidungen können selber nicht in »rechtsfalsche« und »tatsachenfalsche« eingeteilt werden; solche Analyse verträgt der Begriff des falschen Entscheidungs i n h a l t s nicht.

[24]) Vgl. hierzu auch meine Ausführungen in diesem Archiv **63** 177 und in der Ztschr. f. StrRWiss. **37** 381.

Und wendet man diese Teilung auf den syllogistischen Unterbau, das cur, an, so interessiert die Falschheit der propositio major nicht minder als die der propositio minor. Das falschinhaltliche Urteil ist geradeso beklagenswert, wenn es bei richtiger Wiedergabe der Lebenslage an einem unrichtigen Rechtsmaßstabe gemessen ist, wie wenn unter einen richtig erfaßten Rechtssatz Lebenskonkreta, die mit der Lebenswirklichkeit nicht zusammenstimmen, subsumiert worden sind. Hier wie da ist die positivrechtliche Gerechtigkeit verletzt.

VII. Wohl begreiflich ist nun, daß trotzdem die praktische Behandlung der beiden Elemente im »cur« der Entscheidung da verschieden gestaltet sein kann, wo besondere Gesichtspunkte neue selbständige Wertungen mit sich bringen. So ist namentlich verständlich, daß nach gesprochenem Urteil die Anfechtung wegen Irrtums in jure und diejenige wegen Irrtums in facto verschiedenartige Normierung erfahren [25]).

Zwei hier interessierende Probleme aber liegen so, daß ein besonderer Wertgesichtspunkt, der zur praktischen Auseinanderreißung der Rechtsfrage und der Tatsachenfrage führen könnte, schlechthin nicht ersichtlich ist: das Problem der Abstimmungsmethode und dasjenige der Tragweite des Zweidrittelmehrheitserfordernisses beim Schuldspruch.

1. Für die Methode der Abstimmung kann keine Rede davon sein, daß nach der ratio juris die Rechtsfrage als besonderes Abstimmungsobjekt vor der Schuldfrage, recte vor dem durch ihre Herausnahme verstümmelten Rest des Gesamtsyllogismus zur Abstimmung zu stellen wäre [26]). Für die Schuldfrage gilt auch in dieser Hinsicht Totalabstimmung, genauer gesagt: es gibt nur eine Abstimmung über die an der Hand der Schuldfrage auszusprechende Rechtsfolgenormierung, und diese Abstimmung ist ungeteilt; die einzelnen Elemente im Syllogismus sind Objekte der Ermittlung, aber nicht der Abstimmung [27]). Denn richtig, gerecht im Sinne des positiven Rechts, ist der Urteilsinhalt nur, wenn die Mehrheit der Richter die

[25]) Vgl. meine Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren (1911) 52 ff.

[26]) Dieser Meinung v. Kries, Lehrb. 450; Binding, Abhdlgen. **2** 144 Anm. 8; Ötker, Schwurger. u. Schöffenger. 6, 24; Rosenfeld, Lehrb. [4/5] S. 150, 151 Anm. 13; Löwe-Rosenberg, Kommentar [14] Anm. 5 zu § 262; Anm. 3b zu GVG. § 196. Gegen sie Heinemann, Ztschr. f. StrRWiss. **15** 78 ff.; Friedmann, Grünhuts Ztschr. **23** 592. Vgl. auch RG. E. **8** 221 und dazu Heinemann 87 Anm. 77. Ferner Rittler 479 ff. Zweifelnd Graf Dohna, Strafverfahren 80.

[27]) Wenn man will, kann man von einer theoretischen Klärungsabstimmung hinsichtlich der einzelnen Elemente des Syllogismus reden, die aber nie die wirkliche Abstimmung ersetzen kann. Vgl. meine Bemerkungen in Ztschr. f. StrRWiss. **37** 379.

Frage nach dem vorzunehmenden volitiven Denkakt, die Frage: »Sollen wir so entscheiden?«, bejaht [28]). Tut dies nur die Minderheit, steht nur sie für die Verurteilung als das richtige Ergebnis ein, so ist die Verurteilung nicht Gerichtswille. Läßt man aber Vorerledigung der Rechtsfrage zu, so ist die Möglichkeit eines falschen Entscheidungsakts gegeben derart, daß eine Verurteilung erfolgt, wo doch nur die Minderheit des Kollegiums hinter ihr steht [29]).

Wenn z. B. im Hauptverfahren erster Instanz vor dem Zweiten Strafsenat des Reichsgerichts nach § 17 des Gesetzes gegen den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3. Juni 1914 die Richter A, B und C sowohl die strittige Rechtsfrage, wie auch die strittige Tatsachenfrage (z. B. nach der Identität des Angeklagten mit dem Täter) in einem dem Angeklagten ungünstigen Sinne beantworten, während D und E zwar hinsichtlich der Rechtsauffassung mit jenen übereinstimmen, aber die quaestio facti in dem dem Angeklagten günstigen Sinne beantworten, und F und G umgekehrt hinsichtlich der quaestio facti die dem Angeklagten ungünstige Beweiswürdigung gelten lassen, dagegen bei der quaestio juris die ihm günstige Lesart vertreten, so ist bei Zerlegung der Abstimmung die Rechtsfrage mit 5 : 2 zu Lasten des Angeklagten bejaht und bei der Tatsachenfrage ebenfalls eine Mehrheit von 5 gegen 2 gegen ihn vorhanden, so daß sich die Verurteilung ergibt, während doch vier Richter für Freisprechung und nur drei für Verurteilung sind [30]). Die Gefahr steigert sich, wenn,

---

[28]) Zutreffend Rittler 478.

[29]) Richtig hervorgehoben von Ötker 418: »Nach dem Thüringischen Gesetz finden getrennte Abstimmungen statt über die Tat an sich und die Tat in ihrer Beziehung zum Strafgesetz, während vielmehr einheitlich zu prüfen ist, ob dem Angeklagten eine Tat im Sinne des Gesetzes zur Last fällt. Die erstere Feststellung geht [scil. nach Thüringischem Gesetz] von den Geschworenen, die letztere vom Gericht aus: es ist also möglich, daß Tat- und Rechtsfrage sukzessive von den beiden Kollegien bejaht werden, während Verneinung beider Fragen erfolgt wäre, wenn die Richter über die Tat-, die Geschworenen über die Rechtsfrage hätten entscheiden müssen. Gerecht aber kann eine Verurteilung nur sein, wenn die Urteiler in gesetzentsprechender Majorität einig sind über die sämtlichen Voraussetzungen der Schuld.« Ötker gerät hier augenscheinlich in Widerspruch mit seiner Annahme (S. 6), daß die Rechtsfrage getrennt vorab zu erledigen sei!

[30]) v. Kries 451 hält es für eine vergleichsweise Ungerechtigkeit, wenn ein Richterkollegium, in dem 4 gegen 1 Stimme die Rechtsfrage zuungunsten des Angeklagten bejahten, von zwei gleichzeitig Angeklagten den einen, dem gegenüber der eine der vier die Tatsachenfrage verneine, freispreche, den anderen dagegen verurteile, während bei Voraberledigung der Rechtsfrage beide Angeklagten verurteilt würden. M.E. wäre gerade das letztere eine Ungerechtigkeit. (Richtig Heinemann a. O. 83.) v. Kries täuscht sich auch, wenn er meint, das Gericht habe dann bei Totalabstimmung in den Urteilsgründen mit Bezug auf den verurteilten Angeklagten darzulegen, daß es die Rechtsfrage bejahe, mit Bezug auf den Freigesprochenen aber, daß es freispreche, weil von

was leicht kommen kann, nicht ein, sondern mehrere Punkte der quaestio juris strittig sind. Die Anhänger der Lehre von der Vorab-erledigung der Rechtsfrage müssen dann folgerichtig jede einzelne juristische Streitfrage isoliert zum Abstimmungsgegenstande machen und tun dies auch [31]). Dabei kann aber sogar der Fall eintreten, daß sämtliche Richter des Kollegiums für Freisprechung sind, und sich diese somit bei Totalabstimmung ergeben würde, während sie mit gefesselten Händen der Verurteilung entgegengetrieben sind, wenn die Rechtsfragen gesondert beantwortet werden. Denn gesetzt selbst, daß alle Mitglieder des Kollegiums die rechtlich zu beurteilenden Lebenskonkreta einhellig in dem dem Angeklagten ungünstigen Sinne feststellen, so ist eben doch möglich, daß jeder Richter für einen Rechtspunkt eine jenem günstige Auslegung vertritt und dabei von allen übrigen überstimmt wird. Ist gar noch ein Teil der Richter in faktischer Hinsicht für den Angeklagten gestimmt, so steht es noch schlimmer.

Alle die Erwägungen, die überhaupt für Totalerledigung der Schuldfrage sprechen [32]), greifen hier geradeso ein wie gegen Teilabstimmungsgänge über Einzelelemente innerhalb der Tatsachenfrage. Es ist und bleibt eben für alles praktische Handeln einer Mehrheit von Menschen unbegreiflich, wieso sie, als Einheit zusammengefaßt, einen Schritt tun sollen, den kein einziger oder nur die Minderheit billigt.

v. Kries meint freilich [33]), die Rechtsfrage wegen der über den einzelnen Fall hinausgehenden Bedeutung ihrer Beantwortung zum isolierten Abstimmungsobjekt machen zu sollen. Nun ist es richtig, daß die juristische Stellungnahme des einzelnen Rechtsprechungskörpers tatsächlich andere Gerichte zur Gefolgschaft zu reizen vermag. Aber mit nichten ist damit erwiesen, daß die Erreichung dieses Belehrungszwecks auf Kosten des Angeklagten zulässig sein soll. Wenn v. Kries hinzufügt, daß es doch eins der wesentlichsten Bedürfnisse der Rechtspflege sei, daß gleichmäßig geurteilt, das materielle Recht einheitlich angewendet werde, so widerlegt er sich vollends selbst; denn außerhalb des Reichsgerichts ist doch gar keine Rede davon, daß die Lösung einer Rechtsfrage durch ein erkennendes Gericht diese Gleichmäßigkeit verbürge oder verbürgen solle.

---

einem seiner Mitglieder die Rechtsfrage verneint werde. Hinsichtlich des Freigesprochenen haben die Gründe vielmehr der Sachlage entsprechend dahin zu lauten, daß eines der Mitglieder die Rechtsfrage, ein anderes die Tatsachenfrage verneint hatte. v. Kries betont ja 454 selber, daß die Entscheidungsgründe wahrheitsgemäß sein müssen.

[31]) So v. Kries 451.

[32]) Vgl. darüber meine Ausführungen in der Ztschr. f. StrRWiss. **37** 376 ff. Bennecke-Beling, Lehrbuch des StrProz. 387 ff.

[33]) Lehrb. 450.



Daß die Totalabstimmung in solchen Fällen zu unliebsamer Freisprechung führt, wo die juristische Streitfrage lediglich die ist, ob dieser oder jener titulus condamnationis vorliegt (z. B. ob Diebstahl oder Unterschlagung), und für keine dieser Rechtsauffassungen eine gesetzliche Mehrheit da ist [34]), steht auf einem ganz anderen Blatte. Es hängt dies nur damit zusammen, daß zu jeder Verurteilung ein certus titulus condemnationis erforderlich ist [35]) und deshalb insofern Alternativfeststellung ausgeschlossen ist. Wäre Verurteilung sub incerto titulo statthaft, so würde sie sich auch bei Totalabstimmung da ergeben, wo sie sachgemäß ist. Die Einbeziehung der Rechtsfrage in die Totalabstimmung wird hier mit Unrecht zum Sündenbock gemacht. Kann doch die gleiche unliebsame Freisprechung auch daraus hervorwachsen, daß die Richter, bei voller Einigkeit über die juristische Abgrenzung der Delikte, nur im Tatsächlichen derart gespalten sind, daß auf keinen der tituli hin verurteilt werden kann.

2. Mit dem Dargelegten erhellt aber zugleich, wie sehr die Meinung in der Luft schwebt, die »abstrakten Rechtsfragen« seien durch die Bank nach § 198 I GVG. mit einfacher Mehrheit zu beantworten [36]). Soweit sie im Inneren der Schuldfrage liegen, können sie vielmehr zuungunsten des Angeklagten nur mit Zweidrittelmehrheit bejaht werden. Für denjenigen, der die Totalabstimmung über die Schuldfrage einmal als das Richtige erkannt hat, verbietet schon die technische Unmöglichkeit es, den Rechtsfragebestandteil isoliert der Erledigung durch einfache Mehrheit zu unterstellen. Aber auch wer die Abstimmung in geteilten Gängen erst auf die Rechtsfrage, dann auf den Schuldfragerest stellen will, wird sich nicht verhehlen können, daß er möglicherweise den Zweck, zu dem das Gesetz Verurteilungen nur mit erhöhter Mehrheit eintreten lassen will, geradezu vereitelt. Denn sind z. B. von fünf Richtern drei für Verurteilung, während der vierte und der fünfte die dem Angeklagten günstige Rechtsauffassung vertreten, so hat der Umstand, daß alle fünf oder vier von ihnen die Tatsachenlage übereinstimmend als für den Angeklagten ungünstig erwiesen ansehen, für sich allein doch nicht die Kraft, den Angeklagten im Sinne des Kollegiums als mit Zweidrittelmehrheit für „schuldig" erklärt zu stempeln. Wo es sich nicht um bloße Theorie handelt,

---

[34]) Als Argument gegen die Totalabstimmung von v. Kries, Lehrb. 450 benutzt. Gegen v. Kries, aber ohne Hervorkehrung des springenden Punkts, Heinemann 86 Anm. 77.

[35]) Vgl. meine Darlegungen in diesem Archiv **63** 168 und unten S. 160.

[36]) Dieser Meinung Rosenfeld, Lehrb. [4/5] 150; v. Kries 453; Binding, Abhdlgen. **2** 153; Ötker 24; Löwe-Rosenberg, Kommentar [14] Anm. 5 zu § 262. Richtig Romen-Rissom MStGO. 2b zu § 323.

sondern vermittelst der Rechtsfragebeurteilung praktische Aufgaben zu lösen sind, da kann von der Rechtsfrage, da doch ihre Lösung das Lebensgeschick des Angeklagten in genau dem gleichen Maße beherrscht wie die Tatsachenfrage, nicht behauptet werden, daß sie leichter als diese wiege.

Eine unmittelbare positiv-gesetzliche Bestätigung der vorstehenden Darlegungen bietet die durch die Strafprozeßordnung deutlich vorgeschriebene Behandlung der Schuldfrage im Schwurgericht. Vollbewußt hat sich das Reichsrecht von der französischrechtlichen Zerreißung der Fallerledigung durch die Geschworenen als »juges de fait« und die Berufsrichter als »juges de droit« losgesagt. In einheitlicher Frage und unter Beigabe der »Rechtsbelehrung« werden die Geschworenen mit der Aufgabe betraut, zu sagen, ob der Angeklagte schuldig sei. Das Gesetz weiß nichts davon, daß sie die Rechtsfrage, und diese gar mit einfacher Mehrheit, vorab zu lösen hätten [37]), um dann über den Schuldfragerest mit Zweidrittelmehrheit abzustimmen, oder womöglich, daß die Rechtsfrage vom Gerichtshof vor oder nach Fragestellung und Verdikt zu beantworten wäre [38]). Wer behauptete, daß die Rechtsfrage »nicht zur Schuldfrage gehöre«, sähe sich angesichts der §§ 262, 293 StPO. einem Rätsel gegenüber. Und Gründe, weshalb das Gesetz für das schwurgerichtliche Verfahren die (angebliche) »allgemeine Regelung« verlasse, sind schwerlich namhaft zu machen.

---

[37]) Dieser Meinung Ötker 24.

[38]) Daß erst dem Gerichtshof der auf den Syllogismus aufgebaute volitive Denkakt, die auf Freisprechung oder Verurteilung lautende »Entscheidung«, zufällt, bedeutet nicht, daß er irgendwie an der Herstellung des Unterbaus dieser Entscheidung beteiligt wäre; dieser wird ihm vielmehr fertig in die Hand gegeben, so daß die »Entscheidung« inhaltlich festgelegt ist und nur noch über die Einkleidung in die Äußerlichkeiten der Urteilsfällung zu beschließen ist. Vgl. meine Darlegung in diesem Archiv **63** 167 und unten 167. Wenn Binding, Abhdlgen. **2** 69, 83 behauptet, der Gerichtshof habe Ober- und Schlußsatz des Syllogismus zu finden, so fragt man vergeblich danach, wie solche Behauptung möglich sein soll. Vgl. gegen Binding meine Bemerkungen in Ztschr. f. StrRWiss. **37** 381; Rittler in »Schwurgerichte und Schöffengerichte« 556. Binding vernichtet seine These selber dadurch, daß er — nachdem er die Schuldfrage apriorisch »unter Beiseitelassung des § 262 StPO.« konstruiert hat — doch anerkennt (Abhdlgen. **2** S. 70 in Anm. 64 Ziff. 5 und S. 144), daß § 262 »die Subsumtionsfrage zur Schuldfrage schlägt«. Seine Verwunderung darüber, daß das Gesetz »die Subsumtionsfrage gleichwohl nicht in § 293 in die von der Jury zu beantwortende Schuldfrage aufnehme«, ist gegenstandlos, denn selbstverständlich nimmt § 293 mit den Worten »Ist . . . schuldig?« auf die Schuldfrage, wie sie in § 262 umrissen ist, Bezug; »schuldig« ist das bejahende Ergebnis der Schuldfrage mit Einschluß der Subsumtion; in der Frage und in der Antwort liegt konkludent die Bezugnahme auf das Strafgesetz.

B. Die revisionsgerichtliche Urteilsfindung.

I. Wer die für die Revisionsinstanz geltende Abstimmungsmethode und die dabei für die Abstimmung erforderliche Mehrheit ermitteln will, muß dessen eingedenk sein, daß die vom Revisionsgericht zu lösende Aufgabe eine praktische ist. Der allgemeine Zweck des Strafprozesses haftet auch ihr an. Auch in der Revisionsinstanz handelt es sich um Wohl oder Wehe des Angeklagten. Das Thema, über das abgestimmt wird, kann also auch in der Revisionsinstanz niemals anders lauten als: »Sollen wir . . . ?« Es gilt nicht, ein Erkenntnisurteil im Sinne der Logik zu äußern, sondern einen volitiven Denkakt zu verwirklichen. Deshalb ist von vornherein scharf zu erfassen, daß es keineswegs [39]) Aufgabe des Revisionsgerichts ist, »über die Rechtsfrage zu entscheiden«, als ob die Rechtsfrage der »Gegenstand« [und der einzige Gegenstand [40])] der Entscheidung sei.

Sicher ist nun freilich, daß diese praktische Aufgabe andersartig ist als die der ersten und der Berufungsinstanz. Diese sehen sich (wenn wir von den hier nicht interessierenden laufenden und prozeßerledigenden Formalentscheidungen absehen) vor die Aufgabe und demgemäß vor das Abstimmungsthema gestellt, ob sie verurteilen sollen [41]). Anders das Revisionsgericht. Da es an die tatsächliche Urteilsbasis der Vorinstanz gebunden ist, wird es nicht von einer vollinhaltlichen Verantwortlichkeit für die Richtigkeit seiner Entscheidung getroffen. Es hat nur *hypothetisch* für diese Richtigkeit einzustehen: wenn anders der abzuurteilende Lebensfall tatsächlich so, wie vom Untergericht festgestellt, liege. Seine Denkrichtung ist eine kritische, das Denkziel nicht positiv, sondern gegenläufig gegen das vorige Urteil. Die Aufgabe ist die, zu bestimmen, ob das angefochtene Urteil *aufzuheben* sei. Das Abstimmungsthema ist somit zwar auch ein praktisches, ein volitiver Denkakt, aber im Sinne der Frage: Sollen wir das Urteil aufheben? [42]).

---

[39]) Wie ständig formuliert wird, z. B. bei v. *Kries* 451, *Heinemann* 85.

[40]) Dazu sei hier nebenher angemerkt, daß die landläufige Auffassung, als habe das Revisionsgericht immer nur rein juristisch-abstrakte Prüfungen vorzunehmen, hinsichtlich der sog. Prozeßrügen gar nicht einmal richtig ist. Vgl. meine Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren (1911), insbes. S. 55 ff.

[41]) Daß das Berufungsurteil äußerlich auf »Verwerfung der Berufung« oder »Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils« lautet, tut nichts zur Sache, da anerkanntermaßen das Berufungsgericht ganz selbständig zu dem sachlichen Gehalt des zu fällenden Urteils Stellung zu nehmen hat, und sich die äußere Einkleidung des Urteilstenors (»Verwerfung«, »Aufhebung«) erst als logisches posterius kraft einer Vergleichung des berufungsgerichtlich gefundenen Urteils mit dem erstinstanzlichen ergibt.

[42]) Die Verwerfung der Revision bildet kein Abstimmungsthema; sie folgt sozusagen automatisch aus der Ablehnung der Aufhebung, entsprechend wie in der ersten Instanz nicht über die Freisprechung abzustimmen ist. Vgl. oben S. 144.



Die Frage, ob das angefochtene Urteil aufzuheben sei, tritt nun aber an das Revisionsgericht nicht als eine einzige, in sich einheitlich geschlossene heran. Denn die Rechtsfehler, auf die hin das Vorderurteil kontrolliert werden soll, bilden keine einheitliche Masse, jeder einzelne bedeutet vielmehr einen selbständigen Punkt [43]). Der titulus der Aufhebung spielt die gleiche Rolle wie in der ersten Instanz der titulus condemnationis: er rückt aus einem bloßen Punkt im Urteilssyllogismus (in den »Gründen«) zu einem Bestandteil im Tenor auf [44]). Denn so wenig es eine Verurteilung in blanco gibt, gibt es eine Aufhebung des Urteils in blanco. So wenig es angeht, daß sich die erste Instanz schlüssig macht, »zu verurteilen«, um hintendrein das Strafgesetz, aus dem die Verurteilung folgt, ausfindig zu machen, so wenig käme das Revisionsgericht zum Ziele, wenn es zuerst lediglich die Aufhebung des Vorderurteils beschließen und dann nach den Gründen der Aufhebung suchen wollte. Der Aufhebungsgrund ist mit der Aufhebung unlöslich verwachsen; es gibt nur Aufhebung ex certa causa. Streng genommen gehört die Nennung dieser causa in die Urteilsformel. So ergeben sich für das Revisionsgericht so viel Abstimmungsthemata, wie Aufhebungsgründe in Frage kommen, sie seien äußere Urteilsverstöße (von Amts wegen oder kraft Rüge zu berücksichtigende) oder innere. Nur ist niemals zu vergessen, daß nicht die Aussage über den Verstoß (wäre es auch unter Zuschlag der Frage nach der »Kausalität« des Verstoßes für das Vorderurteil) es ist, auf die sich die Abstimmung richtete, sondern zu fragen ist, ob wegen dieses Verstoßes das Vorderurteil aufzuheben sei [45]).

Daß diese Zerlegung der revisionsgerichtlichen Aufgabe richtig ist [46]), lehrt als Probe aufs Exempel auch die Erwägung, daß die Zahl der in Betracht kommenden Rechtsfragen potenziell ungemessen ist und es für das Geschick des konkreten Rechtsmittels nicht darauf ankommen kann, wie viele Rechtsfragen auftauchen. Ist ein angefochtenes Urteil

---

[43]) Ähnlich Heinemann 85.

[44]) Vgl. meine Ausführungen in diesem Archiv **63** 168.

[45]) v. Kries 452 hat den springenden Punkt: die Zusammengehörigkeit des Aufhebungstitels mit der Aufhebung, übersehen. Daraus erklärt sich, daß er meint, es sei überhaupt nicht darüber abzustimmen, ob das Urteil der Vorinstanz aufzuheben sei.

[46]) Wie auch wohl allseitig angenommen ist, vgl. Binding, Abhandlungen **2** 152 Anm. 23 (mit der falschen Begründung, jedes Gericht habe jede irgendwie relevante Frage in gesonderter Abstimmung zu erledigen); Löwe-Rosenberg [14] 3b zu GVG. § 196 (die sich aber täuschen, wenn sie in der Gestaltung der revisionsgerichtlichen Abstimmung ein Argument dafür erblicken, daß überhaupt immer »nach Gründen« abzustimmen sei); Heinemann und v. Kries a. O.

so beschaffen, daß sich die Kassationsfrage einzig um e i n e Rechtsfrage dreht, so konzentriert sich die Abstimmung naturgemäß auf diese. Diese Konzentration kann aber nicht dadurch verlorengehen, daß zufällig noch andere Rechtsfragen problematisch sind. Sonst würde der Revisionsangriff um so aussichtsreicher werden, je mehr Punkte problematisch wären. Denken wir uns beim Reichsgericht sieben getrennte Strafsachen und in jeder nur e i n e n Verstoß als Prüfungsgegenstand, und nehmen an, daß überall das Vorliegen dieses Verstoßes mit 6 gegen 1 Stimme verneint wird, so ist allenthalben die Verwerfung des Rechtsmittels sicher. Die Verwerfung kann dadurch aber gewiß nicht entfallen, daß jene sieben problematischen und mit dem gleichen Stimmenverhältnis, wie zuvor angegeben, beurteilten Verstöße zufällig bei einem identischen Urteil auftauchen. Das wäre aber der Fall, wenn die Frage darauf gerichtet würde, ob »irgendeiner« der Verstöße ohne Individualisierung durchschlage.

Die Zahl der Abstimmungsgänge ergibt sich hierbei nicht aus der Zahl der von dem Rechtsmittelwerber angebrachten Rügen. Es ist namentlich nicht etwa eine »materiellrechtliche Rüge« in einem Zuge zu erledigen; vielmehr ist bei einer solchen jeder einzelne Rechtspunkt, der überhaupt juristisch selbständig ist, einerlei ob vom Rechtsmittelwerber hervorgehoben oder nicht, einer Abstimmung zu unterwerfen. Aber auch bei erhobenen Prozeßrügen ist solche Scheidung der Rechtspunkte vorzunehmen; es kann also mit Bezug auf die identische prozeßerhebliche Tatsache (§ 384 II S. 2 StPO.) eine mehrfache Abstimmung geboten sein und sogar für einen identischen Prozeßrechtssatz, der als verletzt in Frage kommt, über seine Einzelbestandteile getrennt abzustimmen sein.

Immer ist somit eine Liste der problematischen Verstöße aufzustellen. Diese sind dann derart zu ordnen, daß die äußeren Urteilsverstöße den Vortritt haben, die inneren nachfolgen. Innerhalb jeder der beiden Rubriken bestimmt sich die Reihenfolge nach dem logischen Präjudizialitätsverhältnis.

Daß diese Zerlegung der Abstimmung unausweichlich ist, ergibt sich, ganz abgesehen von der Eigenart der Aufgabe des Revisionsgerichts als solchen, auch daraus, daß im Falle der Aufhebung und Zurückverweisung für das Untergericht genau erkennbar sein muß, welche Rechtsauffassung das Revisionsgericht hatte (StPO. § 398). Würden von letzterem mehrere Rechtspunkte bei der Abstimmung zusammengefaßt, so würde möglicherweise Aufhebung nur mit der Alternativbegründung, daß entweder dieser oder jener Rechtssatz vom Untergericht verletzt worden sei, erfolgen können (wenn nämlich die Mehrheit der Revisionsrichter zwar einig darin war, d a ß , nicht aber darin, aus w e l c h e m juristischen Grunde aufzuheben sei); und dann fehlte

dem Untergericht die Direktive, die es nach dem Gesetz zu erwarten hat [47]).

So unausweichlich aber auch diese Zersplitterung der Abstimmung ist, so darf doch nicht verkannt werden, daß sie ein zwar notgedrungenes Übel, aber doch ein Übel ist. Denn sie ist geeignet, ein untergerichtliches Urteil vor Aufhebung zu schützen, während die Richter der Revisionsinstanz, wenn sie selbst das angefochtene Urteil gefällt hätten (wobei man nur die Zahl der Kollegiumsmitglieder umzustellen, aber das Meinungenverhältnis beizubehalten hätte), gegenteilig entschieden hätten. Es sei z. B. ein wegen Diebstahls ergangenes verurteilendes Erkenntnis angefochten, und es komme in Frage, ob dabei 1. der Begriff der Sache und 2. der der Fremdheit der Sache verkannt worden sei. Bejahen nun im reichsgerichtlichen Strafsenat 2 gegen 5 Mitglieder den Verstoß zu 1, und 2 andere gegen die übrigen den Verstoß zu 2, so ist die Revision zu verwerfen. Hätten dagegen schon in der Unterinstanz die beiden Minoritäten — die eine, die das Vorliegen einer Sache, die andere, die das Vorliegen fremden Eigentums aus Rechtsgründen verneinte — zusammen die Mehrheit gehabt (oder die siegreiche Minderheit ausgemacht), so wäre die einheitlich zur Abstimmung gestellte Schuldfrage verneint worden [48]). Daraus etwa schließen zu wollen, daß eben auch schon für die erste Instanz die Rechtsfrage aus dem Abstimmungsthema herauszuschneiden und punktweise zu erledigen wäre, wäre angesichts der obigen Darlegungen natürlich unangängig. Daß sich das Geschick des Angeklagten deshalb verschieden gestaltet, weil die Revisionsrichter nicht schon sogleich seine ersten Richter waren, erklärt sich vielmehr daraus, daß die Revision nun einmal nur dazu da ist, die schwachen Stellen eines fertigen Urteils herauszufinden, nicht dieses ab initio neu aufzubauen. Daß ein Kritikerkollegium bei Nichtzustandekommen einer einheitlichen Mehrheit das kritisierte Opus bestehen lassen muß, auch wo es, von vornherein mit der Schaffung des letzteren betraut, es anders gemacht hätte, ist nichts Verwunderliches. Es handelt sich also nur darum, daß die Revisionsinstanz keine Hilfe mehr bringen kann.

---

[47]) Aus der gleichen Erwägung heraus ist auch eine Aufhebung des Vorderurteils da ausgeschlossen, wo jeder einzelne der die maßgebende Mehrheit bildenden Revisionsrichter im Zweifel darüber ist, ob das Urteil an diesem oder jenem Verstoß leide; sind z. B. diese Richter alle einverstanden darüber, daß jedenfalls einer von zwei Verstößen durchschlage, so kann es doch nicht zur Urteilsaufhebung kommen. Eine Aufhebung mit Alternativbegründung bei Identität der Rechtsfolge steht nicht in Frage, da eben nicht bloß die »Begründung«, sondern die im Tenor auszudrückende Rechtsfolge durch den Zweifel betroffen ist, und die Alternativentscheidung hier gerade so unstatthaft ist wie die Verurteilung mit Alternativität des titulus condemnationis.

[48]) S. oben S. 156.

Als »Abstimmung nach Gründen« darf diese Zerlegung der revisionsgerichtlichen Abstimmung nicht bezeichnet werden [49]). Sie ist dies ebensowenig wie in der ersten Instanz die Häufung der Abstimmungsgänge je nach den juristischen Gesichtspunkten, die die möglichen tituli condemnationis abgeben (z. B. ob wegen Diebstahls? wegen Unterschlagung? wegen Betrugs zu verurteilen sei?), eine Abstimmung »nach Gründen« ist. Es handelt sich vielmehr hier wie dort um eine Auseinanderlegung verschiedener Entscheidungsthemata [50]). Innerhalb eines jeden Entscheidungsthemas hat Totalabstimmung zu erfolgen. Das bedeutet im einzelnen folgendes:

a) Steht ein Prozeßfehler (äußerer Urteilsverstoß) [51]) in Frage, so ist der präsumtive Fehler in seiner rechtlichen Bedeutung als selbständiger Aufhebungsgrund zu präzisieren und zu formulieren: Sollen wir das Urteil aus diesem Grunde aufheben? In dieser Frage sind einheitlich nicht nur die Rechtsfrage und die Tatsachenfrage, sondern auch deren Elemente und namentlich auch die einzelnen juristischen Argumente, die bei Lösung der Rechtsfrage eine Rolle spielen, zusammengefaßt und selbstverständlich auch die Kausalitätsfrage im Sinne der §§ 376, 377 StPO. mit inbegriffen. Findet sich eine (einfache) Mehrheit zusammen, die die so gestellte Frage bejaht, so ist das Urteil der Vorinstanz aufzuheben, auch wenn die Argumente, mit denen die dieser Mehrheit angehörigen Richter zu ihrer übereinstimmenden Rechtsauffassung gelangen, auseinandergehen; die Begründung der Rechtsauffassung erfolgt dann in der Urteilsurkunde alternativ. Wären dagegen die Meinungen so verteilt, daß vier Richter die rechtliche Anforderung, die an das Untergericht zu stellen war, als solche bejahen, aber finden, daß dieses ihr tatsächlich genügt habe, während die übrigen drei umgekehrt diese Tatsachen nicht gegeben finden, aber juristisch der Meinung sind, daß kein rechtlicher Verstoß vorliegt, so würde keiner der Richter für Aufhebung stimmen. Ebenso wäre die Revision zu verwerfen, wenn fünf Richter den Prozeßverstoß als gegeben annähmen, aber zwei von ihnen das Beruhen des Urteils auf ihm verneinten usw.

b) Handelt es sich um eine sogenannte materiellrechtliche Rüge im Sinne eines inneren Sachurteilverstoßes, so ist wiederum jeder Rechtspunkt, der einen selbständigen Aufhebungsgrund darstellt, herauszustellen und das Abstimmungsthema dahin zu formulieren: ob aus diesem Grunde das Vorderurteil aufzuheben sei. Auch hier ist Abstimmung »nach Gründen« unstatthaft, das heißt es darf nicht ge-

[49]) Unzutreffend v. Kries 452, Heinemann 84.

[50]) Vgl. oben S. 144.

[51]) Vgl. meine Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren 51 ff.

sondert über die einzelnen juristischen Argumente oder über das Beruhen des Urteils auf dem Verstoß abgestimmt werden. Die Abstimmung ist vielmehr auch hier Totalabstimmung, wobei natürlich die tatsächliche Urteilsbasis nach Maßgabe der propositio minor im Syllogismus der vorinstanzlichen Urteilsurkunde festzuhalten ist.

Hier wird nun von Bedeutung, daß die »Aufhebung des Vorderurteils«, über die abgestimmt wird, ein Sachurteil, nicht eine bloße die prozessuale Behandlung festlegende laufende Entscheidung, wie bei der Aufhebung wegen äußeren Urteilsverstoßes, ist. Denn wie oben gezeigt [52]), ist jeder Revisionsgrund, dem titulus condemnationis des Erstinstanzurteils parallel, in seiner Eigenschaft als Aufhebungstitulus ein Element im Tenor der Entscheidung selber. Wie der Angeklagte nicht bloß, weil er einen Diebstahl begangen hat, sondern »wegen Diebstahls« verurteilt wird, so wird vom Revisionsgericht das Vorderurteil nicht bloß, weil die und die rechtliche Auffassung hinsichtlich des Diebstahlsbegriffs zutrifft, sondern in logischer Koordination dieses »cur« mit dem »Ob« der Aufhebung aufgehoben. Es sei noch einmal daran erinnert, daß sonst ja zuerst die Aufhebung in blanco und erst nachherige Ausfindigmachung des zutreffenden Grundes denkbar sein müßte, und daß sonst, wie immer, Alternativität in der Urteilsbegründung zulässig sein müßte, was jeder ablehnen muß, der geteilte Abstimmung nach den einzelnen Revisionsgründen für geboten erachtet. Daß der Tenor der revisionsgerichtlichen Urteile durchgängig die Aufhebungstituli nicht mitzunennen pflegt, verschlägt nichts; er ist eben an der Hand der Urteilsgründe genau bestimmbar.

Damit erhellt zugleich, daß jede Aufhebung des Vorderurteils wegen materiellrechtlichen Verstoßes (außer soweit sie bloß die Straffrage berührt) eine Beantwortung der Schuldfrage nicht bloß voraussetzt, sondern ist, genau wie bei dem Sachurteil der ersten Instanz der Ausspruch: »Der Angeklagte wird wegen Diebstahls verurteilt« (bzw. »Der Angeklagte wird freigesprochen«) eine Beantwortung der Schuldfrage ist. Hinter dem Wortlaut der Frage »Sollen wir wegen . . . aufheben?« verbirgt sich der Sinn: ob im Hinblick auf den jeweils hervorgehobenen rechtlichen Punkt die Schuldfrage zu bejahen und folgeweise das Urteil der Vorinstanz aufzuheben sei oder nicht — ersteres dann, wenn es auf Freisprechung oder wenigstens Verneinung dieser Schuldfrage, letzteres, wenn es auf Verurteilung im Sinne dieser Schuldfrage lautete. Daß sich die Schuldfrage hier jedesmal nur so einstellt, daß bloß der eine Rechtspunkt den Zweifelspunkt bildet, während die übrigen Rechtspunkte und die Tatsachenfrage in die Antwort als schon bejaht eingestellt werden, darf nicht irre machen. Es bleibt eben auch so unerschüttert, daß der Spruch

[52]) Vgl. S. 160.

des Revisionsgerichts das Lebensschicksal des Angeklagten im »Ob« der Verurteilung entscheidend mitbedingt. Zu behaupten, das Revisionsgericht habe bloß »über die« — angeblich nicht in die Schuldfrage hineingehörige — »abstrakte Rechtsfrage« »zu entscheiden«[53]), ist ebenso unangängig, wie es schief ist, zu sagen[54]), die Rechtsfrage gehöre zwar zur Schuldfrage, aber das Revisionsgericht habe nicht über diese, sondern nur über »ein Stück davon« zu befinden. Bei letzterer Auffassung mußte man überall da eine entsprechende Ausdrucksweise wählen, wo ein Gericht irgendwelche Elemente sonst in den Urteilssyllogismus einzustellen rechtlich genötigt wäre (man denke z. B. an StGB. § 190), was wohl niemand behaupten wird.

Damit aber ist zugleich entschieden, daß die dem Angeklagten ungünstige Lösung der in die Schuldfrage hineingehörigen Rechtsfragen stets nur mit Zweidrittelmehrheit erfolgen kann[55]). Die ihm günstige Rechtsauffassung muß im reichsgerichtlichen Strafsenat schon mit 3 gegen 4, im oberlandesgerichtlichen und oberstlandesgerichtlichen schon mit 2 gegen 3 durchdringen; bei solchem Stimmenverhältnis wäre also das verurteilende Urteil des Untergerichts aufzuheben, die gegen ein freisprechendes Urteil eingelegte Revision zu verwerfen. Anderenfalls würde der dem Angeklagten vom Gesetz zugedachte Schutz in grundloser Weise noch mehr vereitelt, als dies ohnehin schon im Wesen der Revision liegt[56]). Gerade weil die Zersplitterung der Abstimmung in der Revisionsinstanz nach Revisionspunkten die Rechtslage des Angeklagten derart verschlechtert, daß er verurteilt bleiben muß, wenn bei jedem einzelnen seiner gravamina eine solche Minderheit zu seinen Gunsten vorhanden ist, daß bei Einheitsabstimmung ihm geholfen werden müßte, muß wenigstens die Verurteilung dann ausgeschlossen sein, wenn bei einem der gravamina die ihm günstige Minderheit zu mehr als einem Dritteil der Richter ansteigt. Man darf auch nicht sagen wollen, daß die Preisgabe des Erfordernisses der erhöhten

[53]) Man darf sich nicht, wie Graf Dohna 80, dahin ausdrücken, beim Revisionsgericht sei die Rechtsfrage zu gesonderter Abstimmung ausgeschieden. Das erweckt eine falsche Vorstellung.

[54]) So Heinemann 85.

[55]) Gegenteiliger Meinung: Koppmann, MStGO., zu § 409, Note 4 a. E.; Stenglein, MStGO., zu § 409; Romen-Rissom, MStGO.[2] Note 4 zu § 409. Ein eigentümlicher Widerspruch findet sich bei v. Kries 453. Er stellt fest, daß beim Reichsgericht die Zweidrittelmehrheit für die Bejahung der Schuldfrage 5:2 beträgt. Worauf dies zielen soll, ist aber unklar; für die Revisionsinstanz behauptet er, daß sie mit der Schuldfrage nicht befaßt sei und deshalb mit einfacher Mehrheit urteile; und als erste Instanz kam das Reichsgericht zu der Zeit, als Kries sein Lehrbuch schrieb, noch nicht als Siebenmännerkollegium in Frage (dazu kam es erst lange nach Kries' Tode durch Spionagegesetz v. 3. Juni 1914), sondern nur als Vereinigter 2. und 3. Strafsenat.

[56]) S. oben S. 162.



Majorität gleichfalls im Wesen der Revision liege. Denn wenn dieses »Wesen« Nachprüfung ist, so ist an diese Nachprüfung natürlich dieselbe strenge Anforderung zu stellen, wie sie zum Schutze des Angeklagten vom Gesetz für generell geboten erachtet worden ist. Wenn v. Kries [57]) Gewicht darauf legt, daß die Rechtsfragelösungen überhaupt und insbesondere die der Revisionsurteile über den einzelnen Fall hinaus eine juristische Klärung innerhalb der Praxis zuwege bringen, so ist doch diese theoretische Belehrung der Untergerichte nur Nebenzweck. Der im Vordergrunde stehende Hauptzweck ist beim Revisionsurteil wie sonst auch die gerechte Entscheidung des konkreten Falles, nicht anders, wie in den Kliniken der Zweck der Belehrung des jungen Medizinernachwuchses nicht auf Kosten des Patienten gehen darf, dessen Heilung vielmehr immer der primäre Zweck ist, der die Mittel bestimmt. Wer den Angeklagten in der Revisionsinstanz als bloßes Demonstrationsobjekt, den gegebenen Rechtsfall als bloßen Übungsfall behandelt, treibt Anatomie am lebenden Leibe.

Bei jeder kriminellen Entscheidung eines Lebensfalles, einerlei in welcher Instanz, muß der Satz gelten, daß, wenn im Richterkollegium mehr als ein Drittel der Richter die dem Angeklagten günstige Rechtsauffassung haben, das jus kein jus in thesi clarum in dem Sinne ist, daß er gestraft werden dürfte. Ist doch auch die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß die vier Richter eines Senats im Reichsgericht mit ihrer strengeren Auffassung selbst im Reichsgericht mehr oder weniger allein stehen, und daß so nur der Zufall, daß gerade sie in dem erkennenden Senat saßen, ihrer Meinung bei einfacher Mehrheit zum Siege verhilft. Stehen die Stimmen mit 5 (die die strengere Rechtsansicht haben) gegen 2 einander gegenüber, so mag man eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür behaupten können, daß außerhalb des Senats wenigstens eine absolute Mehrheit der Gesamtrichterzahl beim Reichsgericht im Sinne der Fünf vorhanden ist. Bei dem Verhältnis 4 : 3 dagegen ist dies durchaus zweifelhaft, und da der einzelne Senat als der Repräsentant »des Reichsgerichts« zu denken ist, so liegt es sicher nicht im Sinne des Gesetzes, über jenen Zweifel hinwegzuschreiten. Es wäre gewiß bedauerlich, wenn vier Richter gegen drei im Namen des Reichsgerichts für Verurteilung maßgebend wären, während 60, 70 oder mehr Mitglieder des höchsten Gerichtshofs auf dem gegenteiligen Rechtsstandpunkt stünden!

II. Hat dann das Revisionsgericht die Frage, ob das Vorderurteil aufzuheben sei, verneint, so ist damit der auf Verwerfung des Rechtsmittels als unbegründet lautende Tenor von selbst gegeben.

Im gegenteiligen Falle schließen sich als weitere Abstimmungsthemata an: ob gemäß § 394 I StPO. in der Sache selbst zu erkennen sei, und

[57]) S. 451.

wie; ob zurückzuverweisen sei, und wohin usw. Es handelt sich hier um besondere Bestandteile des Entscheidungsinhalts, die der »Aufhebung« in entsprechender Weise hinzutreten, wie der Strafausspruch zum Schuldspruch, und auch insofern mit dem Strafausspruch in seinem logischen Verhältnis zum Schuldspruch Ähnlichkeit haben, als es sich zum Teil nur um Ziehung von Konsequenzen aus dem Ergebnis der erledigten Erstabstimmung handelt (Aufhebung der tatsächlichen Feststellungen usw.). Innerhalb jeder Frage, also mit Bezug auf den volitiven Denkakt, gilt wiederum Totalabstimmung. Entscheidend ist überall einfache Mehrheit. Denn es handelt sich überall nur um Prozeßfragen (Prozeßgestaltung) oder um die Straffrage. Die Schuldfrage ist entweder schon durch den Aufhebungsentscheid beantwortet (bejaht oder verneint) [58]), oder sie ist derart offengeblieben, daß gerade deswegen das Revisionsgericht zur Zurückverweisung, also zu einer laufenden Entscheidung, gelangt. Daran darf auch die »Freisprechung« in § 394 I StPO. nicht irremachen. »Freisprechung« ist in der Revisionsinstanz so wenig wie in der ersten Instanz ein echtes Abstimmungsthema [59]); sie ist vielmehr ohne weiteres geboten, wenn die Abstimmung keine Verurteilung ergeben hat. Abstimmungsthema kann daher hier wie dort nur sein, ob sie auszusprechen sei (im Gegensatz zu reiner Untätigkeit oder zu bloßer formellprozeßerledigender Entscheidung). Die Schuldfrage ist dabei nicht mehr zu prüfen; für die »Freisprechung« nach § 394 I muß auch derjenige Richter stimmen, der als Minderheitsmitglied die Schuldfrage bejaht hat, wofern er nur anerkennen muß, daß das Kollegium die Schuldfrage nicht mit Zweidrittelmehrheit bejaht hat. Normalerweise wird über das Vorliegen der Voraussetzungen einer solchen Freisprechung im Sinne des § 394 I gar keine Meinungsspaltung vorliegen können. Sollte sie aber vorliegen, etwa weil die Mitglieder des Kollegiums das Ergebnis der Abstimmung über die Aufhebung des Vorderurteils verschieden auffassen, so ist hierbei die einfache Mehrheit ausschlaggebend. Die Rechtslage ist parallel derjenigen im Schwurgericht nach einem die Schuldfrage verneinenden Verdikt: der Gerichtshof hat lediglich zu prüfen, ob die Geschworenen die Schuldfrage verneint haben, nicht mehr selber Stellung in der Schuldfrage zu nehmen (abgesehen natürlich von § 317 StPO.) [60]). In beiden Fällen ist auf Freisprechung nur zu er-

---

[58]) Oben S. 164.

[59]) Oben S. 159.

[60]) Für die Fälle, in denen der Wahrspruch von den Geschworenen teilweise bejaht worden ist, nehmen Ötker 11, 618 und Rosenfeld S. 285 Anm. 2, § 49 S. 149 Anm. 6 die (Subsumtions-) Frage: ob die Tat gemäß diesem Geschworenenspruch unter ein Strafgesetz falle, für den Gerichtshof in Anspruch, so, daß hier die — sonst in der Schuldfrage steckende — Subsumtionsfrage zum selbständigen, aber wegen ihres Charakters als Schuldfragebestandteil mit

kennen, wenn für sie mehr als die Hälfte der Richter stimmt. Das scheint auf den ersten Blick eine befremdliche Verletzung nicht bloß des Zweidrittelmehrheitsprinzips, sondern sogar des Satzes In dubio pro reo zu sein, ist es aber nicht, weil es sich eben nicht mehr um das Materielle der Freisprechung, sondern nur um die formelle Einkleidung einer materiell schon vorliegenden Freisprechung und im Zusammenhang damit um die Frage handelt, ob der vorausgegangene Entscheid (Aufhebung des Vorderurteils bzw. Geschworenenspruch) solche materielle Freisprechung bedeute.

Auch die Entscheidung darüber, ob nach § 394 I das Strafminimum zu verhängen sei, ist selbstverständlich, weil ganz innerhalb der Straffrage liegend, mit einfacher Mehrheit zu treffen. Ihr läuft auch nicht, wie Rosenfeld[61]) meint, als besonderes Abstimmungsobjekt eine mit Zweidrittelmehrheit zu beantwortende Subsumtionsfrage: ob das tatsächlich Festgestellte unter das Strafgesetz falle, voran. Die juristische Bedeutung des vom Untergericht tatsächlich Festgestellten — ob danach der Angeklagte strafbar sei oder nicht —, ist hinsichtlich der auftauchenden Rechtsfragen und der Subsumtion in der Antwort auf die einheitliche Frage, ob das Vorderurteil aufzuheben sei, schon festgelegt. Es ist eben nicht die »Rechtsfrage« isoliert, die das erste Ab-

---

²/₃-Mehrheit zu entscheidenden Abstimmungsobjekt werde (mit dem Hinzufügen, daß die Frage praktisch werde, wenn das Reichsgericht die Sache unter Aufrechterhaltung des Wahrspruchs an eine Strafkammer zurückverwiesen habe). Hier ist aber eine Täuschung untergelaufen. Wer zugibt, daß die Subsumtion unter das Strafgesetz grundsätzlich in der Schuldfrage liegt und somit deren Beahung bedingt und an dem Erfordernis der ²/₃-Mehrheit teil hat, kann nicht wohl verkennen, daß er mit der obigen Meinung eine auffällige Durchbrechung des gesetzlichen Fundamentalsatzes behauptet, daß nicht der Gerichtshof, sondern die Geschworenen über das Ob der Strafbarkeit zu befinden haben. Für solche Durchbrechung fehlt es aber an einem zureichenden Grunde. Was dem Gerichtshof nach dem Verdikt noch obliegt, ist: die Verurteilung oder Freisprechung in Urteilsform auszusprechen, und dieser Ausspruch hängt einzig davon ab, ob die Geschworenen durch ihren Wahrspruch für das eine oder andere die Unterlage geboten, also ob sie die Subsumtion vollzogen haben. Es handelt sich also bei teilweise bejahendem Verdikt nur um dessen Auslegung durch den Gerichtshof. Ist nun das »Ja« von den Geschworenen mit solchen Einschränkungen versehen, daß kein Strafgesetz mehr zutrifft, so ist der Wahrspruch als widerspruchsvoll sinnlos, und es bedarf der Einleitung eines Berichtigungsverfahrens. Aber auch wenn man ein Berichtigungsverfahren nicht für nötig hält (wie die genannten Autoren), so hat doch eben der Gerichtshof, um seine Entscheidung zu fällen, lediglich zu ermitteln, ob die Geschworenen sinnmäßig die Strafbarkeit bejaht haben, nicht hat er selber die Subsumtionsfrage und mit ihr ein Stück der Schuldfrage zu beantworten. Es ist eine prozessuale Situation, die in ihrer prozeßrechtlichen Bedeutung zu beurteilen ist; und dafür gilt nur die einfache Mehrheit.

[61]) S. 149 Anm. 6.

stimmungsobjekt bildet. Setzt doch auch § 394 I deutlich voraus, daß, wenn sich das Gericht anschickt, den noch unerledigten Entscheidungsstoff abzumachen, die Aufhebung des Vorderurteils schon feststeht, während bei Rosenfelds Meinung erst das Auftreten der Strafminimumsfrage als Veranlassung für das Gericht erscheinen würde, sich mit der Aufhebungsfrage zu beschäftigen.

C. Plenarentscheidungen beim Reichsgericht.

Eine besondere Betrachtung beanspruchen diejenigen Revisionslagen, in denen der § 137 GVG. in Frage kommt. Es handelt sich hier für den erkennenden Senat um eine Vorfrage eigenen Inhalts, sodann für die Vereinigten Strafsenate bzw. das Plenissimum [62]) um die durch § 137 charakterisierte Zentralfrage, und endlich wieder für den erkennenden Senat um die Frage, auf die seine abschließende Entscheidung die Antwort gibt. Die Erörterung darf sich dabei aber auf den Fall beschränken, daß die in Betracht kommende Rechtsfrage der Schuldfrage zugehört, da anderenfalls hinsichtlich des Abstimmungsproblems keine Schwierigkeiten entstehen.

I. Es empfiehlt sich, zuerst die Abstimmung bei den Vereinigten Senaten selber ins Auge zu fassen.

Ihnen obliegt naturgemäß an erster Stelle die Prüfung, ob überhaupt der Beschluß eines erkennenden Senats in einer rechtshängigen Strafsache vorliegt, der ihnen eine vom Reichsgericht außerhalb dieses Senats schon beantwortete und von dem erkennenden Senat als gegenteiliger Antwort bedürftige bezeichnete Rechtsfrage überweist. Das zur Abstimmung zu stellende Entscheidungsthema lautet dabei: Sollen wir einen Plenarbeschluß fassen? — was z. B. zu verneinen wäre, wenn sich der überweisende Senat geirrt hätte, insofern er die Rechtsfrage nicht mehr als res integra ansah [63]).

Diese Entscheidung bietet nichts Bemerkenswertes hinsichtlich der Abstimmungsfrage. Sie ist eine laufende Entscheidung und mit einfacher Mehrheit zu fassen, braucht übrigens nur dann statt stillschweigender Bejahung zum Abstimmungsgegenstand gemacht zu werden, wenn Zweifel hervortreten.

Als ein Gerichtsausspruch ganz eigener Art stellt sich dagegen der bei Bejahung jener prozessualen Vorfrage nun folgende Plenarbeschluß in der Sache selbst dar. Er ist inhaltlich keine »Entscheidung« im echten Sinne dieses Wortes, kein volitiver Denkakt, sondern reines

[62]) Den Ausdruck »Vereinigte Senate« gebrauche ich im nachfolgenden stets in dem Sinne, daß er die Vereinigten Strafsenate und das Plenissimum umfaßt.

[63]) Über Ablehnung der Plenarentscheidung s. auch GeschO. des Reichsgerichts § 13.



Erkenntnisurteil im Sinne der Logik, eine auf den positivrechtlichen Rechtsbestand als Gegenstand gerichtete, rein theoretische Aussage [64]). Mit ihm verknüpft sich lediglich die Kundgebung der Rechtsauffassung, aber keine Normierung einer konkreten Rechtsfolge, die vielmehr dem zuständigen Senat überlassen bleibt. Die Fragestellung lautet nicht: »Sollen wir einen Prozeßschritt des und des Inhalts tun?«, sondern durchaus abstrakt, z. B. »Ist Elektrizität eine Sache im Sinne des § 242 StGB.?« Wohl erfolgt diese theoretische Aussage zu dem Zwecke, vermittelst ihrer die praktische Behandlung des Falles zu beeinflussen, und wohl ist sie für diesen Zweck bindend; man könnte deshalb daran denken, daß in Wahrheit doch eine echte Entscheidung vorliege, nämlich über das Thema: »Soll der erkennende Senat die in Rede stehende Rechtsfolge an der Hand eines so oder so lautenden Rechtssatzes normieren?« — also eine »Entscheidung« zwar nicht über eigenes prozeßpraktisches Handeln (»Sollen wir . . .?«) — aber immerhin über fremdes derartiges Handeln. Aber diese Deutung erweist sich bei näherer Prüfung doch nicht als möglich. Denn im Munde der Vereinigten Strafsenate müßte das »Soll der erkennende Senat . . .?«, wenn anders darin eine »Entscheidung« des Falles gegeben sein sollte, gleichbedeutend sein mit: »Sollen wir den erkennenden Senat anweisen . . .?«; und diese Anweisung haben die Vereinigten Senate nicht zu vollziehen; es ist das Gesetz selber, das sie gibt. Die Rechtsfrage ist hier in ihrer vollen Reinheit und Abstraktheit aus der Syllogismus- und Entscheidungsfrage herauspräpariert, und zwar — dies die sachliche ratio — weil der Ausspruch zu Nutz und Frommen der Rechtsprechungseinheit über den einzelnen Straffall, gelegentlich dessen er geschieht, hinauswachsen soll.

Ist dem so, so entfallen hier alle die Erwägungen, die für die Sachentscheidung des mit der Strafsache befaßten Senats zu dem Ergebnis führten, daß seine Abstimmung auf den Urteilssyllogismus zusamt dem volitiven Denkakt als auf ein Ganzes — nur geteilt je nach den einzelnen Rechtsgesichtspunkten — gerichtet ist und somit eine Antwort auf die Schuldfrage bedeutet, die in dem dem Angeklagten ungünstigen Sinne nur mit Zweidrittelmehrheit erfolgen kann. Die Vereinigten Senate haben vielmehr schlechthin mit einfacher Mehrheit zu antworten.

Gerade aber weil die Plenarbeschlüsse nicht bloß auf die Entscheidung des einen Falles, der sie auslöste, Einfluß üben, sondern mit besonderer Wucht auftreten und auch künftige ungezählte Strafsachen beeinflussen können, erscheint dies auf den ersten Blick verwunderlich. Ist es schon auffallend, daß die Vereinigten Senate mit einfacher Mehrheit es sollen zuwege bringen können, daß dieser Angeklagte verurteilt wird, so

[64]) Vgl. John, StPO. erläut. 2 103.

scheint es ganz widersinnig, diese einfache Mehrheit gewissermaßen gerade deshalb genügen zu lassen, weil außer ihm noch unbestimmte andere Menschen als Schicksalsgenossen durch den Ausspruch berührt werden. Allein dieser in seiner Isoliertheit durchaus richtige theoretische Gedankengang wird durch einen anderen gekreuzt. Wenn das Gesetz für den Schuldspruch regelmäßig die erhöhte Mehrheit fordert, so hat dabei gewiß auch die Erwägung eine Rolle gespielt, daß bei den erkennenden Gerichten eine relativ kleine Zahl von Richtern und dabei meist (abgesehen von dem Reichsgericht erster Instanz) auch nicht als höchstqualifiziert ausgewählten Richtern in Tätigkeit tritt, und deshalb der Zufall großen Einfluß auf den Ausfall der Entscheidung hat; er kann es mit sich bringen, daß die einfache Mehrheit der Richter die strengere Auffassung hat, während von den Tausenden deutscher Richter zusammengenommen die Mehrheit die Gegenauffassung betätigen würde; es würde dann eine kleine Zufallsoligarchie maßgebend sein. Die erhöhte Mehrheit dient hier als eine Art Ausgleich; sie begründet wenigstens die Wahrscheinlichkeit, daß die zwei Drittel des erkennenden Gerichts, wenn auch nicht zwei Drittel, so doch die Mehrheit der Richter insgesamt, auf ihrer Seite haben. Sind aber, wie bei den Vereinigten Senaten des Reichsgerichts, nicht nur eine stattliche Anzahl von Richtern, sondern eben auch von höchstrichterlichen Richtern vereinigt, so kann ein solches Kollegium mit viel größerer Wahrscheinlichkeit als Repräsentant der Gesamtmeinung des deutschen Richterstandes derart gelten, daß Meinungsspaltungen in ihm durchschnittlich ein gleiches Zahlenverhältnis zwischen Bejahenden und Verneinenden wie bei der Gesamtheit der Richter aufweisen; und wenn präsumtiv der deutsche Richterstand insgesamt mit, wenn auch nur einfacher Mehrheit für die strengere Lesart ist, so fällt füglich das Erfordernis erhöhter Mehrheit zu Boden, und zwar trotz des Hinauswirkens der Rechtsantwort über den gerade anhängigen Fall hinaus. Die einfache Mehrheit einer solchen Körperschaft kann als so vollwichtig wie die Zweidrittelmehrheit eines einzelnen erkennenden Senats gelten.

Eine Bestätigung dafür, daß in der Tat die Vereinigten Senate nur mit einfacher Mehrheit zu antworten haben, bieten noch folgende Erwägungen:

Ob eine Rechtsauffassung dem Angeklagten nachteilig ist, läßt sich immer nur an der Hand einer Prüfung der einzelnen Strafsache beurteilen. Nun ist zwar, wenn es sich um eine spezifisch strafrechtliche Streitfrage handelt, die juristische Lesart, die in der einen Strafsache die ungünstige ist, dies auch allgemein in allen anderen Strafsachen. Anders aber steht es mit außerstrafrechtlichen Rechtsproblemen, die ja, wie z. B. bürgerlich-rechtliche Eigentumsprobleme im Diebstahls-

prozeß, auch den Strafrichter beschäftigen und folgeweise auch zur Notwendigkeit von Plenarbeschlüssen führen können. Hier kann die Lösung des Problems in einem bestimmten Sinne für die anhängige Strafsache dem Angeklagten verhängnisvoll, für andere Strafsachen dem jeweiligen Angeklagten günstig sein, und umgekehrt. Würde dabei von den Vereinigten Strafsenaten je nach der Lage des konkreten Falles mit erhöhter oder mit einfacher Mehrheit abgestimmt, so würde dies angesichts der Festlegung der Praxis, die damit wenigstens bedingt eintritt, für spätere Angeklagte geradezu ein Würfelspiel sein.

Zu bedenken ist ferner, daß die Rechtsauffassung der Vereinigten Strafsenate und des Plenissimum in einer Strafsache auch auf die Reichsgerichtspraxis in Zivilsachen hinüberwirkt, insofern kein Zivilsenat von ihr abgehen kann, ohne daß das Plenissimum hierfür die Bahn freigegeben hätte. Würde bei den Vereinigten Strafsenaten und bei dem Plenissimum in einer Strafsache das Zweidrittelmehrheitserfordernis gelten, so würde die reichsgerichtliche Zivilpraxis, die doch ihrerseits nur mit einfacher Mehrheit arbeitet, eine Rechtsauffassung, in der sie mit der Mehrheit der Mitglieder der Vereinigten Strafsenate oder des Plenissimum übereinstimmt, bloß deshalb dem letzteren vorlegen müssen, weil bei einer früheren Gelegenheit in den Vereinigten Strafsenaten oder im Plenissimum die gleiche Rechtsauffassung dem damaligen Angeklagten nachteilig war und deshalb die Minderheit des Kollegiums, wofern nur über ein Drittel des Kollegiums ausmachend, den Ausschlag für die Gegenansicht gab. Dabei würden die Zivilsenate, trotzdem die Mehrheiten innerhalb der Vereinigten Strafsenate bzw. des Plenissimum mit ihrer Auffassung Hand in Hand gingen, nicht einmal dann Freiheit haben, wenn es sich um spezifisch bürgerlichrechtliche Fragen handelte; sie wären also aus zufälligem Grunde nicht Herr im eigenen Hause [65]).

Diese Rechtslage würde um so eigentümlicher anmuten, als die Zivilpraxis beim Reichsgericht ihrerseits mit einfacher Mehrheit auf die Strafpraxis hinüberwirkt. Kein Strafsenat kann einer von ihm vertretenen Rechtsauffassung ohne Beitritt des Plenissimum folgen, wenn ein einzelner Zivilsenat, die Vereinigten Zivilsenate oder das Plenissimum in einem aus einer Zivilsache hervorgewachsenen Präjudiz sich auf gegenteiligen Standpunkt gestellt haben, auch nicht, wenn in diesen

---

[65]) Allerdings legt auch die Rechtsprechung eines einzelnen Strafsenats die Zivilpraxis in gleichem Sinne fest. Das läßt sich aber nicht gut umgehen, es hätte denn das Gesetz vorschreiben müssen, daß jeder Strafsenat jedesmal doppelt, einmal für die Zwecke der Fallentscheidung, mit Zweidrittelmehrheit, und dann im Hinblick auf die Zivilpraxis mit einfacher Mehrheit abstimmte, und daß auch letztere Antwort dem Präjudizienbuch einverleibt würde.

zivilen Rechtsprechungskörpern nur eben die einfache Mehrheit vorhanden war, nicht aber die erhöhte. Ein eigentümlicher Kontrast, zumal wenn man beachtet, daß es sich dabei um spezifisch strafrechtliche Fragen handeln kann.

Und schließlich das Plenissimum! Würde in ihm, durch die Jahre hindurch gleichbleibend, die Schichtung der Auffassungen so sein, daß sich eine einfache Mehrheit und eine Mehr-als-ein-Drittel-Minderheit gegenüberstehen, so müßte eine Schaukel- oder Zickzackjustiz die Folge sein. Gestern hat vielleicht das Plenissimum in einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit eine Rechtsansicht ausgesprochen, damit also auch die Strafsenate gebunden; heute, mit derselben Rechtsfrage in einer Strafsache befaßt, müßte es die Gegenansicht aussprechen und damit auch die Zivilsenate binden, um morgen eventuell wieder — in civilibus — den ersten Standpunkt als den richtigen zu bezeichnen, usf. Ein Entrinnen gäbe es nur so, daß bei jedem Plenarbeschluß, einerlei ob in einer Zivil- oder einer Strafsache, ermittelt und im Präjudizienbuch vermerkt würde, für welche Rechtsansicht eine einfache Mehrheit da war und ob im Hinblick auf tatsächlich in Frage stehende oder hypothetische Benachteiligung eines Angeklagten im Strafprozeß dieselbe Rechtsansicht oder die gegenteilige als die des Plenissimum erscheint. Dann wäre die Reichsgerichtsrechtsprechung gegebenenfalls innerlich geteilt, aber wenigstens nicht zeitlich hin- und herschwankend. Aber praktisch wäre auch hiermit nur dann etwas erreicht, wenn man sich entschließen könnte, die innerlich geteilten Präjudizien auch geteilt wirken zu lassen, das heißt die Rechtsansicht der »Mehr-als-ein-Drittel-Minderheit« für Strafsachen, soweit im konkreten Fall für die Verurteilung (Schuldfrage) getrennt, im übrigen aber die gegenteilige Rechtsansicht maßgeblich sein zu lassen. Und dabei würde man schwerlich noch auf Gesetzesboden fußen.

Aus allen diesen Wirrnissen führt nur die Anerkennung heraus, daß die Vereinigten Senate stets schlechthin mit einfacher Mehrheit arbeiten.

II. Wie aber gestaltet sich die Abstimmung im erkennenden Strafsenat darüber, ob der Fall des § 137 GVG. gegeben sei?

Das Abstimmungsthema ist leicht ersichtlich. Es handelt sich um einen volitiven Denkakt; auf seine Vornahme ist die Frage zu richten, also: »Sollen wir die Entscheidung der Vereinigten Senate (mit der Untereinteilung: a) der Vereinigten Strafsenate; b) des Plenissimum) einholen?« Diese Frage ist in einem Zuge, durch Totalabstimmung, zu erledigen. Der bei der Abstimmung zu durchschreitende syllogistische Unterbau umspannt einheitlich die in § 137 GVG. normierte Prozeßrechtsfrage im Zusammenhalt mit der tatsächlichen Lage. Es dürfen namentlich nicht die Abstimmung über Auslegung des § 137 selber

und diejenige über das dieser Auslegung entsprechende tatsächliche Gegebensein der einschlägigen Voraussetzungen auseinandergerissen werden. Nur wenn sich eine Mehrheit der Richter so einstellt, daß jeder von ihnen sowohl die rechtlichen wie die tatsächlichen Voraussetzungen für Erforderlichkeit einer Plenarentscheidung als vorhanden bejaht, darf es zur Verweisung der Rechtsfrage an das Plenum kommen. Würden nur drei Richter hierfür stimmen, während von den übrigen zwei mit ihnen nur in jure, also hinsichtlich der abstrakten Bedeutung des § 137, übereinstimmten, aber die tatsächliche Lage gegenteilig ansähen, und die letzten zwei gerade umgekehrter Auffassung wären, so hätte die Einholung der Plenarentscheidung zu unterbleiben, während die gesonderte Abstimmung über Rechts- und Tatfrage unrichtigerweise zur Befassung der Vereinigten Senate führen müßte, die dann natürlich [66]) ihre Entscheidung zur Sache ablehnen würden.

Einigermaßen verwickelt scheint auf den ersten Blick die Frage zu liegen, ob bei dem Beschluß die Zweidrittelmehrheit eine Rolle spielt, nämlich soweit die zu überweisende Rechtsfrage dem Schuldfragesyllogismus zugehört. Für die Bejahung scheint zu sprechen, daß der Beschluß mittelbar das Geschick des Angeklagten mitbestimmt; für die Verneinung, daß der Verweisungsbeschluß inhaltlich nur eine laufende Entscheidung ist, und eine Stellungnahme zu der Rechtsfrage nur als vorläufige und rein motivierende in Betracht kommt.

Um die Bedeutung der Frage zu veranschaulichen, setzen wir den Fall, daß von den sieben Senatsmitgliedern drei die dem Angeklagten vorteilhafte, vier die ihm abträgliche Rechtsauffassung haben. Wenn sich die ersteren im Einklang mit der bisher (außerhalb des Senats) festgelegten Reichsgerichtspraxis befinden: können sie dann, weil mehr als ein Drittel des Senats darstellend, die Einholung der Plenarentscheidung verhindern, oder können die gegnerischen vier als die einfache Mehrheit verlangen, daß durch Anrufung der Vereinigten Senate der Versuch gemacht wird, mit der bisherigen milderen Praxis zu brechen? Und umgekehrt: wenn die drei ersteren die bisherige Praxis gegen sich haben, können sie, weil zugunsten des Angeklagten stimmend und dabei mehr als ein Drittel des Kollegiums ausmachend, den Versuch, die bisherige strengere Praxis zu brechen, erzwingen, oder haben die gegnerischen vier die Macht, die Anrufung der Vereinigten Senate zu hindern?

Zusammenfassend: Kommt eine im eigenen Senate zur Verneinung der Schuldfrage ausreichende Minderheit auch hinsichtlich der Überweisungsfrage zur Geltung, oder ist hier umgekehrt eine im eigenen

[66]) Vgl. oben S. 169.



Senate zur Bejahung der Schuldfrage nicht hinreichende Mehrheit maßgebend?

Das Dunkel lichtet sich, wenn man die Voraussetzung, die das Gesetz für den Verweisungsbeschluß erfordert, gehörig beachtet. § 137 GVG. sagt: »Will ein Senat . . . von der Entscheidung eines anderen Senats . . . abweichen, so . . .«. Der Abweichungswille des Senats ist also das logische prius der Entstehung des Verweisungswillens. Bei der Abstimmung darüber, ob der Plenarbeschluß eingeholt werden solle, hat sich also das einzelne abstimmende Mitglied nicht danach zu richten, ob es selber die Verweisung für geboten erachtet, sondern danach, ob der Senat von einem Präjudiz abweichen will. Auch der Richter, der in der Sache so entscheiden will, daß eine solche Abweichung nicht vorliegt, muß, wenn der Senat als Ganzes abweichen will, für die Einholung der Plenarentscheidung stimmen; und umgekehrt muß auch derjenige, der für eine abweichende Entscheidung in der Sache selbst wäre, gegen die Einholung stimmen, wenn der Senat abweichen will.

Folglich muß, damit jeder Richter bei der Abstimmung über die Verweisungsfrage weiß, wie er dabei zu stimmen hat, schon feststehen, ob der Senat abweichen will, das heißt über diesen Abweichungswillen muß eine Abstimmung vorangegangen sein.

Nun ist aber eine solche Abstimmung und mit ihr ein Ersichtlichwerden, ob der Senat abweichen will, nur im Rahmen der Totalabstimmung über die Sache selbst möglich. Erst wenn geklärt ist, ob und weshalb oder ob nicht das angefochtene Urteil aufgehoben werden solle, weiß man, ob der Senat von einem Präjudiz abweichen will. Denkbar wäre allerdings ein Verweisungsbeschluß, der auf die Möglichkeit hin, daß der Senat zu einer Abweichung kommen werde, schon ohne weiteres die Vereinigten Senate in Anspruch nähme. Aber diese Eventualbehandlung der Angelegenheit verbietet sich nicht nur im Hinblick auf den Wortlaut des § 137, sondern auch durch den prozeßökonomischen Gedanken, daß die Vereinigten Senate nicht ohne Not behelligt werden dürfen — ein horror pleni wäre hier sehr berechtigt.

Ist dem so, so erfordert also der Beschluß über die Verweisung eine zuvorige regelrechte Abstimmung zur Sache selbst. Bei dieser gelten dann natürlich die oben zu B entwickelten Sätze, das heißt vor allem, daß eine dem Angeklagten nachteilige Beantwortung der Schuldfrage nur mit Zweidrittelmehrheit erfolgen kann. Je nach dem Ausfall dieser Abstimmung ergibt sich dann, ob der Senat abweichen will. Normalerweise wird darüber kein Zweifel möglich sein und somit ein einstimmiger Beschluß dahin ergehen, ob folgeweise zu verweisen sei oder nicht. Sollte aber über diesen Punkt Meinungsverschiedenheit bestehen, so würde hier die einfache Mehrheit maßgebend sein.

Nur ein logisches Bedenken gilt es noch auszuräumen. Die Stellungnahme der Vereinigten Senate ist doch die Bedingung dafür, daß der Senat eine Entscheidung in der Sache fällen kann, die von einem Präjudiz abweicht. Wie also, so kann man fragen, kann der Senat schon vorher in der Sache abstimmen und entscheiden? Ist es nicht ein Zirkel, in den das Gesetz die Auslegung hineinzwingt, wenn es den abweichenden Inhalt der Entscheidung von dem Inhalt des Plenarbeschlusses, und umgekehrt diesen letzteren von jenem abhängig macht?

Der Zirkel löst sich sofort, wenn die Abstimmung zur Sache sachgemäß eingerichtet wird. Man braucht sie nur, wie es der Sinn der Entscheidung ja mit sich bringt, als Abstimmung mit Vorbehalt zu fassen. Das Thema, das zur Abstimmung verstellt wird, hätte zu lauten:

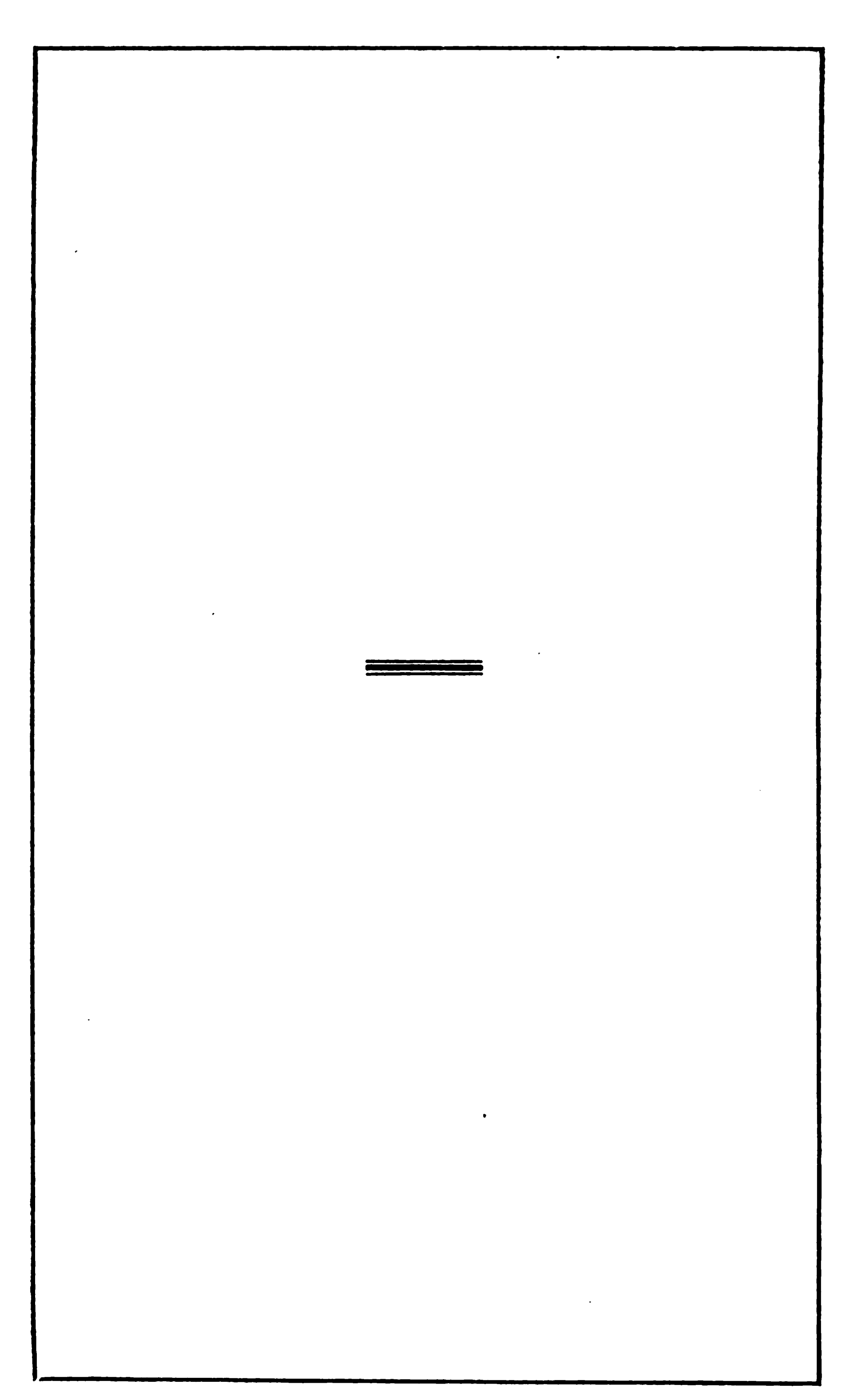
»Sollen wir — mit dem Vorbehalt nachher zu beschließender Einholung eines Plenarbeschlusses für den Fall einer Abweichung — das angefochtene Urteil aufheben?«

Dann ist nirgends mehr eine Denkschwierigkeit vorhanden.

III. Übrig geblieben ist noch die Frage, wie der erkennende Senat die Angelegenheit nach ihrer Rückkehr von den Vereinigten Senaten zum Abschluß bringt. Sicher ist, daß nunmehr erst das Urteil zu fällen und zu verkünden ist. Die schon geschehene Abstimmung in der Sache selbst, die dem Verweisungsbeschluß zur Unterlage diente, ist ja intern geblieben. Fraglich kann nur sein, ob ihr Ergebnis materiell bindend und nur mit dem Inhalt des Plenarbeschlusses zu kombinieren ist, so daß insoweit die nunmehrige Abstimmung nur formeller Natur, das Urteil einer sententia purificatoria ähnlich ist, oder ob der Senat noch — abgesehen von seiner Gebundenheit an den Inhalt des Plenarbeschlusses — freie Hand hat, also namentlich in nunmehriger Abstimmung den früher bejahten Kausalzusammenhang zwischen Verstoß und Urteil verneinen kann, so daß dann der Inhalt des Plenarbeschlusses unverwertet bleibt. Bei letzterer Auffassung kann es dahin kommen, daß man seufzen müßte: »Ein großer Aufwand schmählich ist vertan«; prozeßökonomische Gründe sprechen gegen sie. Aber auch der Umstand spricht gegen sie, daß der Verweisungsbeschluß sicher kein reines Internum des Gerichts ist, sondern gemäß § 35 StPO. zu verkünden ist, und daß mit ihm auch die ihm zugrunde liegende Stellungnahme des Senats in der Sache selbst nach außen hervorgetreten ist. Dagegen könnte man anführen wollen, daß nach § 137 V GVG. die Schlußentscheidung eine nochmalige Hauptverhandlung bedingt, die bei bloßer Konsequenzziehung entbehrlich erscheinen könnte. Allein es ist zu beachten, daß nur die unmittelbar nächste Konsequenz: Aufhebung des Vorderurteils oder Verwerfung

der Revision, festgelegt ist, und im ersteren Falle noch Urteilsbestandteile (eigene Aburteilung oder Zurückverweisung und wohin, sowie mit oder ohne Aufrechterhaltung der tatsächlichen Feststellungen) übrig bleiben, die noch nicht unter Abstimmung gestellt sind, und hinsichtlich deren noch Anlaß zum Verhandeln bestehen kann. Wenn endlich John[67]) den Gesetzestext zugunsten der Auffassung anruft, daß der Senat, der jetzt erst finde, es komme auf die Rechtsfrage nicht an, die Plenarentscheidung beiseite lassen könne, insofern § 137 III doch die Plenarentscheidung nur »in der zu entscheidenden Sache« für bindend erkläre, so verkennt er, daß diese gesetzliche Wendung doch nur die Strafsache bezeichnet, auf die die Plenarentscheidung wirken soll, aber gerade über die Voraussetzungen, unter denen sie auf diese wirken soll, schweigt. Man wird sich nach alledem in der Tat dafür zu entscheiden haben, daß der Senat nicht mehr hinter seine, dem Verweisungsbeschluß zugrunde gelegte erste Abstimmung zur Sache zurückgreifen kann, sondern im purifikatorischen Sinne vorzugehen hat.

[67]) StPO. erläut. 2 103.



Festgabe für Josef Kohler zum 9. März 1919
8. Beitrag

Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Frankreich.

Von Professor Dr. J. Goldschmidt, Berlin.

Vorbemerkung.

Zu den wissenschaftlichen Unternehmungen, die der Ausbruch des Weltkrieges jählings unterbrochen hat, gehört auch eine »Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafprozeßrechts«, welche von einer Reihe deutscher Strafrechtslehrer, nach dem Vorbilde der »Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts«, unter Förderung des Reichsjustizamts, im Verlage von Otto Liebmann, herausgegeben werden sollte. Ich hatte für das geplante Werk den Abschnitt »Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei« übernommen. Reiches Material war bei mir aufgehäuft, dessen Sammlung ausländische Behörden und Gelehrte bereitwilligst unterstützt hatten. An eine Fortsetzung des Unternehmens ist auch nach dem Friedensschluß nicht zu denken, mögen immerhin die Aussichten einer Strafprozeßreform wieder gestiegen sein. Ich folge daher der wiederholten Anregung des verehrten Mannes, dem dieser Festband gewidmet ist, und übergebe einen Teil des druckfertigen Materials der Öffentlichkeit. Möge die anspruchslose Studie von dem Meister der Rechtsvergleichung, dem sie zugeeignet ist, freundlich aufgenommen werden!

Schrifttum: Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses u. der Geschworenengerichte, 1827, 76—78, 133, 140 ff., 192 ff.; Ders., Beitrag zu der Theorie des neueren Criminalprozesses, Gerichtssaal VII 1 (1855), 430 ff.; Birnbaum, Unterschied zwischen crimen u. delictum bei den Römern usw., N. Archiv des Criminalrechts, VIII, 424; A. v. Daniels, Grundsätze des rheinischen u. französischen Strafverfahrens, Berlin 1849, 37 ff.; Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France, Paris 1882, 84, 85, 100 ff., 114 ff.; L. Frey, Die Staatsanwaltschaft in Deutschland u. Frankreich, Erlangen 1850; Garraud, Précis de droit criminel, 10. éd., 1909, 31, 520 ff., 549 ff., 702 ff., 718 ff.. 754 ff., 985; Garsonnet, Cours de procédure, I, Paris 1881, 84, 273 ff.; Faustin Hélie, Traité de l'instruction criminelle, 2. éd., I, 1866, 294 ff., 477 ff., 508 ff., 566 ff.; II, 1866; III, 1866; Hinschius, Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten, V, 355 ff.; VI 1 S. 12 Note 2, S. 65 ff., 86; Massabiau, Manuel du ministère public, 4. éd., Paris 1876 (die von Binding, Grundr. d. Strafprozeß-R., 5. Aufl., § 52, zitierte 5. éd., Massabiau et Mesnard, Paris 1903, befindet sich nicht in der Bücherei des Reichsjustizamts); G. L. Maurer, Geschichte des altgermanischen und namentlich altbayrischen öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens, Heidelberg 1824, 146 ff.; Mommsen, Römisches Staatsrecht, I, 3. Aufl., 1887, 304; II[1], 3. Aufl., 1887, 247; II[2], 3. Aufl., 1887, 859, 998 ff.; III, 1887, 557 ff.; Ders., Römisches Strafrecht, 1899, 231, 264, 275, 297 ff., 346, 383, 877 ff., 1028 ff.; Olier, La réforme de l'instruction préparatoire, Journal des

Parquets, 1898, I, 18; G. Le Poittevin, Code d'instruction criminelle annoté, Tome I, Paris 1911, Art. 1—54; I. L. Ram, De ministerii publici origine in criminum causis imprimis in patria nostra, Trajecti ad Rhenum, 1840; Redslob, Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789, Leipzig 1912, 328, 329; Richard Schmidt, Staatsanwalt u. Privatkläger, 1891; Ders., Herkunft des Inquisitionsprozesses, 1902, 86 (24) ff., 91 (29); L. Stein, in Warnkoenig u. Stein, Französische Staats- und Rechtsgeschichte, III, 1846, 387 ff., 481 ff., 578 ff., 664 ff.; F. Trüssel, Das Institut der Staatsanwaltschaft im Bernischen Recht (Abhandl. z. schweizer. Recht, 31. Heft), Bern 1909; Curt Weiß, Eine Neueinrichtung der französischen Kriminalpolizei, i. d. Ztschr. f. d. ges. StrafRWiss., XXIX, 525 ff.

I. Geschichte.

Der Ursprung des französischen ministère public weist auf römische Einrichtungen zurück. Zwar ein Zusammenhang mit den Typen der römischen »Gerichtspolizei«, auch mit denen der Kaiserzeit, den irenarchae (Cod. X 77), defensores civitatum (Cod. I 55), den stationarii, frumentarii, agentes in rebus oder curiosi (Cod. XII 22) [1]), ist in keiner Weise gegeben. Wohl aber führt eine Brücke von den kaiserlichen Finanzbeamten, den procuratores Caesaris vel rationales (Dig. I 19) und den advocati fisci (Cod. II 8) [2]) — die ja auch die Vorbilder des deutschen Fiskalats sind — in Gestalt der actores regiae domus (Lex Burgund. L) [3]) und der actores fisci (Lex Visigoth. XII 1, 2 [4]); Ansegisi Capit. IV 3) zu den procureurs und avocats du roi. Wie die actores regiae domus vel fisci der Volksrechte und Kapitularien, so entbehren die procureurs und avocats du roi bis zur Wende des 13. und 14. Jahrhunderts sowohl des Beamtencharakters als auch jeder öffentlichrechtlichen Funktion. Sie gehören vielmehr dem Kreise der allgemeinen Sachwalter an und fungieren nur in Privatrechtsangelegenheiten. Ein besonderer Anlaß zur Bestellung eines procureurs ergab sich für den

---

[1]) Besonders ausführlich über diese Ram, S. 13—63.

[2]) Über diese und das römische (Verwaltungsstreit-)Verfahren in causis fiscalibus ausführlich Ram, S. 63—94, der mir aber (S. 89—94) für eine akkusierende Tätigkeit der procuratores oder advocati fisci nichts beigebracht zu haben scheint. Die von ihm, S. 91 Note 1, angeführten Stellen: c. 1 Cod., Ubi causae fiscales, III 26; c. 10 Cod., De iure fisci, X 1, scheinen mir eher dagegen als dafür zu sprechen; ebenso die viel erwähnte Stelle: l. 5 § 13 Dig., De his quae ut indignis, XXXIV 9, und l. 20 § 9 Dig., De hereditat. petit., V 3 (die Birnbaum, S. 424 Note 90, anführt, der anscheinend überhaupt vom Verhältnis der causae fiscales zu den iudicia publica und privata, sowie der cognitio extraordinaria eine unrichtige Vorstellung hat und jedenfalls — Note 89 — die c. 3 Cod., De delatoribus, X 11, falsch auslegt). Vgl. auch l. 1 pr. Dig., De iure fisci XXXXIX 14, und Mommsen, Strafrecht, S. 877 ff., 1028, 1029, sowie die das. angeführten Stellen.

[3]) In c. 8 Cod., h. t., III 26, ist ebenfalls schon von einem »procurator domus nostrae« die Rede.

[4]) An einen Zusammenhang des ministère public mit dem saio (Fronboten) der Lex Visigoth. ist nicht zu denken; Ram, S. 222 ff.

König anscheinend in den bailliages, wo der bailli, d. i. der königliche Amtmann, den Vorsitz nicht nur des Gerichts auf den königlichen Domänen — der assise des baillis —, sondern auch des Lehnsgerichts — der assise des chevaliers — führte (Beaumanoir, Coutumes de Beauvoisis, I 13, 14). Vor diesem letzteren Gericht konnten die Interessen des Königs und die seiner Vasallen in Widerstreit geraten, ohne daß doch der König seine Rechte durch den bailli wahrnehmen lassen konnte. Der König bedurfte also in den bailliages, wo er zugleich Privatbesitzer und Lehnsherr war, eines procureurs ebenso wie andere Lehnsherren in gleicher Lage [5]). Dabei sind die procureurs die eigentlichen Mandatare und Vollmachtträger, die Männer insbesondere der »Feder« (»plume«); die avocats sind die Fürsprecher vor Gericht, die Männer des »Worts« (»parole, plaidoirie«) [6]).

Als Beamte des Königs, als »gens du roi«, erscheinen die procureurs zuerst in der Ordonnance Philipps des Schönen vom 25. März 1302. Sie müssen jetzt den Amtseid leisten und dürfen grundsätzlich keine Privataufträge mehr übernehmen. Mit dem Jahre 1303 beziehen sie Gehalt. Ungefähr um dieselbe Zeit finden wir auch zuerst ihre Mitwirkung in Strafsachen, und zwar zunächst im Süden im Denunziations- und Inquisitionsverfahren, das sich im kanonischen Prozeß insbesondere bei den Ketzerverfolgungen entwickelt hatte [7]) und sich nun gleichfalls im weltlichen Verfahren neben den Prozeßeröffnungen der handhaften Tat und Privatanklage einzubürgern begann [8]). Die herrschende Annahme [9]) ist, daß die procureurs du roi bald die hauptsächlichsten Denunzianten geworden seien, welche zuvörderst die Eröffnung der informatio, d. i. der Generaluntersuchung, veranlaßt und nach deren Beendigung die inquesta (enquête), d. i. die Spezialuntersuchung, weiter betrieben hätten (promovere inquestas) [10]). Die Ursachen dieser Entwickelung sieht man einmal in dem fiskalischen Interesse an der Beitreibung von Geldstrafen, sodann in der Steigerung der königlichen Stellung von einer Lehnsherrlichkeit zu einer Staatsgewalt, die auch aus den Wahrnehmern königlicher Privatinteressen Wahrer der öffentlichen Ordnung gemacht habe [11]). Ja, man scheint sogar auf Grund

---

[5]) Stein, S. 390.

[6]) Stein, S. 392, weist auf die moderne Parallele der avoués und avocats hin. Zugrunde liegt wohl hier wie dort der Gegensatz der procuratores und advocati im römischen Zivilprozeß.

[7]) Cap. 31 X., De simonia, V 3; R. Schmidt, Herkunft usw., S. 86 (24) ff.

[8]) Stein, S. 576 ff.; Esmein, S. 84, 85.

[9]) Biener, S. 200 ff.; Stein, S. 485, 486, 579; Esmein, S. 103, 133.

[10]) Das kanonische »prosequi inquisitionem« durch den Denunzianten; cap. 19 X, De accusat., V 1.

[11]) Hélie, I S. 302, 303; Stein, S. 484. Die Lasten und Gefahren der Privatanklage (Kostenlast, Haft, Bürgschaft, Zweikampf, Talion bei Unterliegen)

der Beobachtung, daß die »Delation« (Denunziation) der römischen Rechtsquellen durchaus die fiskalische ist [12]), an einen Ursprung des Denunziationsverfahrens mit der ihm eigentümlichen Teilnahme des Fiskals aus dem römischen Fiskalprozeß gedacht zu haben [13]).

In der Tat mögen alle diese Momente in der weiteren Entwickelung des Denunziationsverfahrens, welche allerdings eine stete Zunahme der Denunziationstätigkeit der procureurs du roi und ihres Einflusses auf den Prozeßbetrieb zeigt, eine Rolle gespielt haben. Was aber die Anfänge der Mitwirkung der procureurs beim Denunziationsverfahren anlangt, so scheint mir R. Schmidt [14]) darin im Recht zu sein, daß jedenfalls die denunzierende Tätigkeit der procureurs ganz zurücktrat. Nicht allein stand die partie civile als Denunziant durchaus im Vordergrund, so daß der procureur sich höchstens jener als partie jointe anschließen [15]) und offenbar nur im Notfalle allein die informatio veranlassen konnte [16]), sondern die Ordonnances verbieten geradezu dem procureur, sich vor beendeter informatio anders als auf mandatum expressum des Richters in den Prozeß einzumischen [17]). Ist doch auch die Notwendigkeit einer dem Einschreiten des Fiskals vorhergehenden Voruntersuchung das Charakteristikum des seit der Wende des Mittelalters über ganz Europa verbreiteten fiskalischen Strafprozesses. Dafür scheint der Richter in geeigneten Fällen nach beendeter informatio dem procureur die Akten mitgeteilt zu haben, damit dieser seine Anträge (conclusions) stelle. Zur Pflicht, und zwar in allen Fällen, machte dem Richter diese Aktenmitteilung freilich erst die Ordonnance von 1539 Art. 145. Anlaß zur Anhörung des Fiskalbeamten dürfte aber gewesen sein, daß sich das Denunziations- und Inquisitionsverfahren zu einem »procès extra-

---

und das Eindringen des kanonischen Denunziations- und Inquisitionsverfahrens vermögen allein das Aufkommen der strafprozessualen Mitwirkung der procureurs nicht zu erklären. Mit Recht weist Hélie, I S. 301, auf die Kluft hin, die das Inquisitions- und Staatsanklageverfahren voneinander trennen. Bezeichnend dafür ist, daß der heute auch im kanonischen Strafprozeß mitwirkende promotor (procurator) iustitiae (fiscalis) von der Kirche erst am Ausgang des Mittelalters aus dem weltlichen — französischen — Verfahren übernommen worden ist; Hinschius VI 1 S. 12 Note 2; Esmein S. 103 Note 2.

[12]) Mommsen, Strafrecht, S. 879 Note 6. Jedenfalls im ordentlichen Strafprozeß war in Rom die Denunziation — statt der verantwortlichen Akkusation — unzulässig; Mommsen, a. a. O., S. 346 Note 2, S. 383 Note 2; Edictum Constantini de accusationibus, Bruns, Fontes, 6. Aufl., S. 249.

[13]) Ram, S. 226. [14]) Staatsanwalt usw., S. 106 ff.

[15]) Belege bei Stein, S. 487; Esmein, S. 104, 134: R. Schmidt, Staatsanwalt, S. 108.

[16]) »Quant il avient ... un délit, dont nul ne se fait partie que le procureur du Roy« (Bouteiller, Somme rurale, II 1).

[17]) Belege bei Esmein, S. 102 Note 3, S. 103 und Note 3 das.; R. Schmidt, Staatsanwalt, S. 107 Note 4 u. 5.

ordinaire« auszuwachsen begann[18]), in dem zunächst nur außerordentliche Strafe, besonders Geldbuße, verhängt werden konnte, zu deren Abschätzung man des Fiskalbeamten bedurfte[19]). So erklärt es sich, daß ursprünglich nicht der procureur den Richter, sondern der Richter den procureur zum Prozedieren anregte. Als im procès extraordinaire dann vor allem auch die Folter in Aufnahme kommt, gingen die Anträge des procureurs zunächst auf Anwendung der peinlichen Frage[20]). Dieser Umstand, wie überhaupt der ganze procès extraordinaire, machten die procureurs gründlich verhaßt, so daß die Ordonnance von 1318 vorübergehend in ihre Aufhebung für die pays du droit contumier willigen mußte[21]).

Die Folgezeit zeigt ein stetiges Wachstum der amtlichen Stellung des ministère public und seines Einflusses auf das Strafverfahren. Bald hatte der König eigene procureurs in allen Gerichtssprengeln, königlichen wie grundherrlichen, zuletzt auch bei den Parlamenten. Die bei den Parlamenten führten wegen ihres Auftrages, für alle procureurs des Bezirks zu handeln, den Titel: »procureurs généraux«. Stellvertreter (substituts), welche sich die procureurs ursprünglich privatim und auf eigene Kosten bestellten, wurden später gleichfalls beamtet. Mit der Zeit wurden auch die avocats du roi als gens du roi anerkannt, und erhielten die avocats du roi bei den Parlamenten den Titel: »avocats généraux«. Dem procureur général scheinen die procureurs und avocats du roi seines Bezirks untergeordnet gewesen zu sein, dagegen nicht der avocat général[22]). Nach der Ordonnance von 1539 wirken die procureurs in allen Strafsachen mit. »Le procureur requiert, le juge instruit[23]).« Der Richter muß die conclusions des procureurs sowohl nach stattgehabter Information als auch fortlaufend während der Spezialuntersuchung und nach deren Abschluß einholen. Liegt die plainte einer partie civile vor — was noch immer die Regel gewesen zu sein scheint —, so erscheint der procureur als partie jointe. Im übrigen kann aber auch der procureur du roi ou du seigneur selbst durch plainte eine Information veranlassen[24]). Das formelle Privatklageverfahren — der alte processus ordinarius — scheint nur noch in Zivilsachen vorgekommen zu sein, obgleich noch die Ordonnance

[18]) Über diesen Stein, S. 580 ff., 664 ff.; Esmein, S. 114 ff.; R. Schmidt, Staatsanwalt, S. 99 ff.

[19]) So R. Schmidt, a. a. O., S. 107.

[20]) Esmein, S. 149; Stein, S. 583, 584.

[21]) Maurer, S. 147, 148; Biener, S. 199; Stein, S. 485, 486, 583, 584; Hélie, I S. 298; Garsonnet, I S. 276; Esmein, S. 102.

[22]) Maurer, S. 148—150; Daniels, S. 42; Frey, S. 9; Garsonnet, I S. 277; Garraud, S. 31. Bis zur Revolution hatten übrigens auch die Grundherren, die Gerichtsbarkeit besaßen, »procureurs d'office«, oder »fiscaux«, denen, soweit die grundherrliche Gerichtsbarkeit reichte, entsprechende strafprozessuale Funktionen zustanden, wie den procureurs du roi.

[23]) Esmein, S. 139, 140. [24]) Esmein, S. 139 ff.

criminelle von 1670 neben »plaintes und dénonciations« von »accusations« spricht. So kommt es, daß man schließlich den ganzen Strafprozeß als »procès extraordinaire« bezeichnet, im Gegensatz zu welchem der Zivilprozeß der »procès ordinaire« war [25]). Wesentlich verstärkt wurde die Stellung der procureurs noch durch die Ordonnance criminelle von 1670. Zwar stellt auch sie (Tit. III Art. 8), wohl hauptsächlich im fiskalischen Interesse der Prozeßkostenüberwälzung auf Private, die plainte der partie civile als die primäre hin; aber: »Les plaignants ne seront réputez parties civiles, s'ils ne le déclarent formellement ou par la plainte ou par acte subséquent, qui se pourra faire en tout état de cause« (Tit. III Art. 5). Die plainte des procureurs ist also jetzt tatsächlich die Regel geworden. Die »dénonciation« ist die beim procureur, also nun wirklich gleich der römischen delatio fiscalis. Kein die Spezialuntersuchung einleitendes »décret« [26]) darf ohne Einholung der conclusions des procureurs erlassen werden (Tit. X Art. 1). Ebenso bedarf es ihrer Einholung nach dem »interrogatoire de l'accusé« sowie (»conclusions définitives«) nach dem »récolement« und der »confrontation« [27]). Bindend für den Richter waren die conclusions des procureurs nicht, wie der Richter auch stets von vornherein ex officio einschreiten — »tout juge est officier du ministère public« (»procureur général«) [28]) — und seinerseits an den procureur eine »injonction de présenter sa requête« richten konnte [29]). Andererseits hatte die partie publique den »appel a minima«, wenn das Urteil auf eine geringere Strafe als die von ihr angetragene lautete [30]).

Es ist bemerkenswert, daß der literarische Sturm, der sich in der Aufklärungszeit gegen den Strafprozeß der Ordonnance von 1670 erhob, das ministère public verschonte. Montesquieu urteilt darüber [31]): »Nous avons aujourd'hui une loi admirable; c'est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les lois, prépose un officier dans chaque tribunal pour poursuivre en son nom tous les crimes; de sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous, et, si ce vengeur public était soupçonné d'abuser de son ministère, on l'obligerait de nommer son dénonciateur.«

Nichtsdestoweniger betrachtete die Assemblée Constituante diese »loi admirable« mit Mißtrauen, zumal in England, nach dessen Muster ausgesprochenermaßen die alsbald ins Werk gesetzte Strafprozeßreform geschaffen werden sollte, nichts dem ministère public Ähnliches zu

---

[25]) Stein, S. 667, 668.

[26]) Es gab deren drei: durch »assignation pour être oui«, »d'ajournement personnel« und »de prise de corps«.

[27]) Stein, S. 676 ff.; Esmein, S. 234, 237.

[28]) Über diesen Satz Hélie, I S. 503 ff.

[29]) Stein, S. 672, 675; R. Schmidt, Staatsanwalt, S. 110.

[30]) Stein, S. 690; Esmein, S. 248.

[31]) Esprit des lois, liv. VI ch. 8.

finden war [32]). Das Gesetz vom 16./29. September 1791 nahm demgemäß dem ministère public für kriminelle Sachen (die zu einer peine afflictive ou infamante führten) die Initiative der Strafverfolgung und übertrug sie in der Hauptsache auf die Organe der police judiciaire, die juges de paix und die officiers de gendarmerie sowie auf den directeur du jury. Erstere, insbesondere die juges de paix, konnten von Amts wegen einschreiten, ein mandat d'amener ou d'arrêt erlassen und den ersten Tatbestand aufnehmen (die alte information). Der directeur du jury, ein dem Distriktsgericht angehöriger Richter, legte die Sache der Anklagejury vor, sofern er nicht dafür hielt, sie zwecks Außerverfolgungssetzung vor das Distriktsgericht zu bringen. Daneben war den Privaten wieder ein wichtiger Anteil an der Initiative der Strafverfolgung gegeben. Der Verletzte konnte durch plainte, ja jeder Unbeteiligte durch dénonciation civique [33]) die Tatbestandsaufnahme durch den juge de paix erzwingen und im Widerspruch mit der Ansicht des directeur du jury, erforderlichenfalls sogar unter seiner Umgehung, bei der Anklagejury eine Anklageschrift einreichen. Die Vertretung der Anklage in der Hauptverhandlung war einem gewählten accusateur public übertragen, dem zwar die surveillance über die officiers de la police judiciaire, aber kein unmittelbarer Einfluß auf die Einleitung der Strafverfolgung zustand. Für die übrigbleibenden Befugnisse der procureurs des ancien régime, vor allen entscheidenden Prozeßakten gehört zu werden und Anträge (réquisitions) zu stellen, waren eigene »commissaires du roi« vorgesehen, welche vom König auf Lebenszeit [34]) ernannt wurden (Décret vom 16./24. August 1790, Tit. II Art. 8). Sie sind die »agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux«. »Ils requerront pendant le cours de l'instruction pour la régularité des formes, et avant le jugement, pour l'application de la loi« (Décret Tit. VIII Art. 1, 4). Ebenso waren sie »chargés de tenir la main à l'exécution des jugements« (Décret Tit. VIII Art. 5) [35]). Daß man ihnen das Recht zum Antrag auf Strafverfolgung, ja sogar zur Anklagevertretung versagt hatte, scheint darauf zu beruhen, daß man in diesen Befugnissen einen Ausfluß der Gerichtsbarkeit erblickte, welche nach den Prinzipien der Constituante allein durch vom Volk gewählte Be-

---

[32]) Vgl. zum Folgenden Esmein, S. 417 ff.

[33]) So genannt im Gegensatz zu der von einer Behörde ausgehenden »dénonciation officielle«.

[34]) Garsonnet, I S. 278, nennt diese Unabsetzbarkeit der »agents du pouvoir exécutif« »une singulière inconséquence«.

[35]) Auch in Zivilsachen lag ihnen ob: »exercer leur ministère par voie de réquisition« (insbesondere in Sachen Hilfsbedürftiger und öffentlicher Korporationen), sowie »prêter leur ministère« bei der Zwangsvollstreckung. Endlich hatten sie über die Aufrechterhaltung der Disziplin und die Regelmäßigkeit des Dienstes bei jedem Gericht zu wachen (Décret, tit. VIII art. 2, 3, 5, 6).

amte ausgeübt werden konnte [36]). — Nur in Sachen der »police municipale et correctionnelle«, über welche ein besonderes Gesetz vom 19./22. Juli 1791 erging, stand dem »procureur de la commune« die Befugnis zu, die Einleitung der Strafverfolgung zu beantragen.

Aber schon der Code vom 3. brumaire IV lenkte wieder ein. Der accusateur public wurde wenigstens für legitimiert erklärt, gleich dem procureur des ancien régime, dénonciations und plaintes anzunehmen, sie den Beamten der police judiciaire zu übermitteln und ihre Erledigung zu überwachen. Wichtiger noch war die Wiederherstellung und Weiterentwickelung der Scheidung von action publique (auf Strafe) und action civile (auf Schadenersatz) (Art. 5, 6) und die damit verbundene Zurückdrängung der partie civile. Den dénonciateurs civiques und den plaignants wurde die Befugnis, sich unmittelbar an die Anklagejury zu wenden, entzogen. Dafür erhielt die partie lésée das Recht der citation directe in korrektionnellen Sachen, während dem commissaire du pouvoir exécutif (jetzt: »commissaire du gouvernement«) die Befugnis, die Einleitung der Strafverfolgung zu beantragen, nur in Sachen der police municipale verblieb. Für gewisse kriminelle Fälle erhielt

[36]) Dafür spricht die Begründung Duports, des Verfassers des Entwurfs des Ges. v. 1791 (bei Esmein, S. 429 Anm. 2): »En Angleterre, le roi est à lui seul le pouvoir exécutif. Les lois, une fois faites dans le Parlement, lui seul les fait exécuter, et à cet effet, il nomme les agents d'exécution les juges, les administrateurs, les officiers du fisc . . . En France, le roi n'est que le chef suprême du pouvoir exécutif; il ne nomme pas les agents de l'exécution pour l'intérieur, il s'en sert seulement; c'est le pays qui les lui désigne, qui les remet dans la main du roi pour être employés par lui . . . La maxime fondamentale de notre gouvernement, c'est que la force exécutive du monarque ne puisse jamais atteindre les individus que par l'intermédiaire nécessaire des agents élus par le peuple; or, ce principe serait violé si les commissaires du roi pouvaient accuser les citoyens«. Die Zusammenstellnng der »officiers du fisc« mit den »juges« als »agents de l'exécution pour l'intérieur« zeigt, daß hier der Begriff des pouvoir exécutif nicht im Sinne Montesquieus, als Gegensatz des pouvoir judiciaire, gebraucht ist (in welchem Sinn das Dekret v. 1790, VIII 1, ihn braucht), vielmehr im Sinne Rousseaus und vor allen Dingen Lockes, in welchem er das pouvoir judiciaire umfaßt und — bei Locke — der Verwaltung des Auswärtigen, der federative power, entgegengesetzt wird. Es liegt also näher, die Abspaltung der Anklagevertretung vom Amte der procureurs und ihre Übertragung auf gewählte accusateurs auf eine Gleichstellung des Anklagens und Richtens zurückzuführen als auf die »idée fausse« (Esmein, S. 429 Anm. 2) von der Stellung des französischen Monarchen (wonach eigentlich der Monarch überhaupt keine agents du pouvoir exécutif hätte ernennen dürfen). Der Gedanke, daß »l'action publique appartient au peuple« und aus diesem Grunde »est exercée en son nom par des fonctionnaires établis à cet effet«, gehört erst dem Code v. 3. brumaire IV (art. 5) an und scheint mehr eine Folge als eine Ursache der Regelung des Gesetzes v. 1791 gewesen zu sein, zumal dieses ja gerade die partie publique des alten Rechts ganz zurückdrängt. — Die zitierten Ausführungen Duports scheinen übrigens von Redslob, S. 329, übersehen zu sein.

der directeur du jury die Initiative der Strafverfolgung. Das in korrektionnellen Sachen zugelassene Recht der Appellation stand auch dem commissaire und dem accusateur public zu. Endlich fügte der Code den Beamten der police judiciaire die commissaires de police und die gardes champêtres et forestiers hinzu.

Die Verfassung vom 22. frimaire VIII (Art. 63) hob das Amt des gewählten öffentlichen Anklägers überhaupt wieder auf und vereinigte seine Funktionen mit dem Amt des ernannten commissaire. Man hatte das Überhandnehmen des Räuberunwesens dem Mangel einer straffen Initiative der Strafverfolgung zur Last gelegt. Damit war das alte ministère public im Prinzip wieder hergestellt. Das Gesetz vom 27. ventôse VIII (Art. 35) erlaubte der Regierung, in allen Städten des Gerichtsbezirks, wo sie es für nötig halten würde, Substitute des commissaire zu bestellen. Einen ganz extremen Schritt zum alten Recht zurück tat das Gesetz vom 7. pluviôse IX. Es schuf nicht nur wieder in allen Arrondissements Substitute des commissaire, die vom Ersten Konsul auf Widerruf ernannt wurden (Art. 24) — die alten procureurs du roi, welche substituts des procureur général waren —, sondern übertrug diesen auch wieder die volle Initiative der Strafverfolgung in allen kriminellen wie korrektionnellen Angelegenheiten (Art. 1). Alle dénonciations und plaintes sind an sie zu richten (Art. 3). Die Beamten der police judiciaire sind ihnen von nun ab unterstellt (Art. 4). Ja — und hier geht das Gesetz über das alte Recht hinaus — jeder auf Veranlassung eines Beamten der police judiciaire Festgenommene ist unverzüglich dem Substitut vorzuführen, der gegen ihn ein mandat de dépôt erlassen kann (Art. 9), mit der Auflage allerdings, binnen 24 Stunden den directeur du jury zu benachrichtigen. Das weitere Vorverfahren spielt sich dann ganz wie zuzeiten des ancien régime ab: le ministère public requiert, le magistrat décide et instruit (Art. 12, 13). Nach Abschluß des Vorverfahrens stellt der Substitut schriftlich seine Anträge bei dem magistrat instructeur, gegen dessen Entscheidung ihm, und zwar nur ihm, verschiedene Rechtsbehelfe zustehen. Der substitut du commissaire près le tribunal criminel verfaßt die der Anklagejury vorzulegende Anklageschrift (Art. 20).

Die Errichtung des Kaiserreichs bringt dem ministère public auch seine alten Titel wieder: den commissaires du gouvernement près les cours d'appel den Titel: procureurs généraux, ihren Substituten bei den anderen Gerichten den Titel: procureurs impériaux.

So war man über alle Experimente des »Zwischenrechts« der Revolutionszeit wieder zum Standpunkt Montesquieus gegenüber dem ministère public zurückgekehrt.

Das projet de Code criminel hält an dem Prinzip des Gesetzes vom 7. pluviôse IX fest. Es unterscheidet zwischen »magistrats de sûreté«,

d. i. den officiers de police judiciaire mit den procureurs an der Spitze, und den juges d'instruction. Aber die schon in dem Gesetz von IX angebahnte Niederreißung der Scheidewand zwischen poursuite und instruction wird fortzuführen versucht, indem den magistrats de sûreté weitgehende Befugnisse bei der ersten Feststellung des Tatbestandes, das Recht des Zeugenverhörs, der Haussuchung, Beschlagnahme, der Vorladung, Vorführung, verantwortlichen Vernehmung und vorläufigen Verhaftung (mandat de dépôt) des Beschuldigten eingeräumt waren. Allein diese Erweiterung der Machtfülle des procureur impérial fand im Staatsrat lebhaften Widerspruch, und es wurden die Instruktionsbefugnisse des procureur im wesentlichen auf den Fall des flagrant délit beschränkt [37]. Auf die persönliche Intervention Napoleons ist es zurückzuführen, daß die Funktionen der police judiciaire auch den Präfekten übertragen wurden [38].

II. Geltendes Recht.

A. Ministère public [39].

a) Begriff. Das ministère public ist das Organ der vollziehenden Gewalt bei den Gerichten [40].

b) Organisation. Bei allen Gerichten, mit Ausnahme der Handels-, Gewerbegerichte und Friedensrichter, besteht als Vertretung des ministère public das sogenannte parquet. Das parquet ist zusammengesetzt bei dem Kassationshof aus einem procureur général, sechs avocats généraux und einem secrétaire en chef; bei den cours d'appel aus einem procureur général, mehreren avocats généraux (der Zahl der Kammern entsprechend) und substituts du procureur général;

---

[37]) Esmein, S. 531, 532, sagt: »Voilà comment il se fait que le flagrant délit a repris dans le Code d'instruction criminelle une place importante, qu'il n'occupe d'ordinaire que dans les législations primitives«.

[38]) Esmein, S. 537.

[39]) Quellen: Außer dem Code d'instruction criminelle v. 1808 und dem Gesetz v. 20. April 1810 noch zahlreiche Gesetze, Dekrete, Ordonnanzen, zitiert u. a. bei Garsonnet, I S. 279 ff.; Garraud, S. 520 ff.; Le Poittevin, Nr. 37 ff. zu art. 1, sowie in dem dreibändigen Manuel du ministère public von Massabiau.

[40]) Es gelten noch immer die Grundsätze des Dekrets v. 1790 (oben hinter Anm. 34). Andererseits wird noch heute, so z. B. von Garsonnet, I S. 6 ff., die Ansicht verfochten, daß die richterliche Gewalt selbst ein Teil der vollziehenden Gewalt sei (oben Anm. 36). In der Tat, wenn man mit der Constituante den Begriff der vollziehenden Gewalt auf die Gesetzesvollziehung beschränkt und die Eigentümlichkeit des pouvoir administratif nur darin erblickt, daß diesem der Vollzug des öffentlichen Rechts obliege, ist nicht abzusehen, warum gerade das pouvoir judiciaire etwas anderes sein sollte als ein Teil des pouvoir exécutif. Freilich leuchtet dann die Überflüssigkeit besonderer agents du pouvoir exécutif bei den Gerichten in Gestalt des ministère public noch mehr ein.

bei den tribunaux de la première instance aus einem procureur de la République und regelmäßig einem oder mehreren substituts. Bei den tribunaux de simple police werden die Funktionen des ministère public wahrgenommen durch den commissaire de police des Gerichtssitzes; wenn es dort deren mehrere gibt, durch den vom procureur général des Appellhofes unter ihnen Ausgewählten; im Falle der Behinderung oder des Fehlens des Polizeikommissars am Gerichtssitz — nach freier, auf ein Jahr gültiger Bestimmung des procureur général des Appellhofes — durch einen anderen Polizeikommissar des Bezirks, durch einen suppléant du juge de paix, durch den maire oder Beigeordneten des Gerichtssitzes oder durch den maire oder Beigeordneten einer anderen Gemeinde des Gerichtsbezirks. Der so ernannte Beamte wird im Falle der Behinderung durch den maire, Beigeordneten oder ein Gemeinderatsmitglied des Gerichtssitzes vertreten (Art. 144 C. I. Cr. i. d. Fass. v. 27. Januar 1873) [41]). In Feld- und Forstrügesachen werden die Funktionen des ministère public vor den tribunaux de simple police von Forstbeamten oder Forstaufsehern wahrgenommen (Zusatz vom 31. Dezember 1906 zu Art. 144) [42]).

Das parquet des Kassationshofes vertritt im Plenum immer der procureur général selbst, in den Sitzungen der einzelnen Kammern entweder der procureur général oder ein avocat général. Billigt der procureur général die — ihm in allen wichtigen Sachen vorzulegenden — Anträge des avocat général nicht, und gibt dieser nicht nach, so delegiert der procureur einen anderen avocat général oder übernimmt die Sache selbst. Entsprechend ist das Verhältnis zwischen dem procureur général und den avocats généraux bei den Appellhöfen geregelt. Doch ist hier bei Dissens zwischen dem procureur général und dem avocat général die Angelegenheit vor das Plenum des parquet zu bringen, welches mit Stimmenmehrheit entscheidet; bei Stimmengleichheit dringt die Ansicht des Procureur durch. Der Procureur, der mit seiner Ansicht unterlegen ist, kann aber in der Gerichtssitzung auch seine persönliche Auffassung zur Geltung bringen [43]). Die substituts du procureur général besorgen hauptsächlich den Bureaudienst; indessen können auch sie als Terminsdeputierte auftreten, ebenso wie auch die avocats généraux zum Bureaudienst herangezogen werden können. Die Substituten des procureur de la République sind seine bloßen Gehilfen,

---

[41]) Das Ziel dieser Regelung ist, den procureur général in die Lage zu versetzen, nach Bedarf die Gemeindebehörden des Gerichtssitzes vom ministère public fernzuhalten; Garraud, S. 522.

[42]) Vgl. dazu art. 19, 145 C. I. Cr. Der Forstschutzberechtigte hat bei Feld- und Forstvergehen auch das Recht der »citation directe« vor das tribunal correctionnel (art. 182 C. I. Cr.).

[43]) Die frühere Gleichstellung des procureur général und avocat général (oben zu Anm. 22) hat also ihre Spuren im geltenden Recht hinterlassen.

die er nach seinem Ermessen und seinen Anordnungen im Bureaudienst oder als Terminsdeputierte verwendet. Im Bedarfsfall kann sich der procureur de la République — nach Einvernehmen mit dem Gerichtspräsidenten — zum Substituten einen Hilfsrichter bestellen. Äußerstenfalls beauftragt das Plenum des Gerichts einen Richter oder Hilfsrichter mit der Vertretung des procureur de la République. Tritt die Behinderung in der Sitzung ein, so wird in letzter Linie ein avocat, eventuell ein avoué — nach der Ordnung der Liste — zur Vertretung des ministère public einberufen. Endlich kann der procureur général jeden Substituten oder Hilfsrichter dem parquet eines anderen Gerichts innerhalb des Appellationsgerichtsbezirks zuteilen, als wo jener seinen Amtssitz hat. Doch soll von dieser Befugnis nur im Notfall Gebrauch gemacht werden.

»Le ministère public est un et indivisible.« Das bedeutet, was zunächst die unité anlangt, die straffste hierarchische Unterordnung. Sämtliche officiers du ministère public unterstehen der Aufsicht und Leitung des Justizministers, des »garde des Sceaux«. Um diese durchzusetzen, ist der Justizminister mit unumschränkter Disziplinargewalt gegenüber den Beamten des ministère ausgerüstet. Er kann insbesondere ihre Absetzung und Versetzung beim Präsidenten der Republik beantragen. Dagegen kann er weder die gebotene Amtshandlung selbst vornehmen, noch entbehrt die befehlswidrige Handlung oder Unterlassung der Wirkung. Die Aufsicht und Leitung des Justizministers äußert sich vor allem in dem Recht zur Erteilung von Anweisungen an die procureurs généraux der Appellhöfe, denen diese nachzukommen verpflichtet sind. Neben dem Justizminister steht auch dem procureur général beim Kassationshof ein Aufsichtsrecht über das ministère zu, das sich aber nur in der Mitteilung von Bemerkungen an die procureurs généraux dei Appellhöfe und in der Anzeige von Mißständen an den garde des Sceaux kundgeben darf. Dem procureur général des Appellhofes sind alle nachgeordneten officiers du ministère public seines Bezirks zum Gehorsam verpflichtet. Insbesondere bezeichnet das Gesetz vom 20. April 1810 Art. 6 die procureurs de la République als bloße »substituts« des procureur général; tatsächlich ist ihre Stellung gegenüber dem procureur général keine wesentlich andere als die der procureurs généraux gegenüber dem Justizminister [44]. Strittig [45] ist, ob die magistrats du ministère public bei den tribunaux de simple police der förmlichen Aufsicht und Leitung auch des procureur de la République bei dem übergeordneten tribunal de la première instance unterstehen. Der Kassationshof hat die Frage nach anfänglicher Ver-

---

[44]) Le Poittevin, No. 91, 92, 100 zu art. 1.
[45]) Le Poittevin, No. 95 ff. zu art. 1.

neinung bejaht [46]). Für alle Fälle der behördlichen Unterordnung gilt aber der Satz: »La plume est serve et la parole libre«, das heißt in der Sitzung (audience), bei Stellung der mündlichen Anträge, insbesondere bei den »conclusions«, ist der Procureur an die Weisungen der ihm vorgesetzten Behörde nicht mehr gebunden; er hat hier ausschließlich seinem Gewissen zu gehorchen.

Der Grundsatz der »Unteilbarkeit« des ministère public bezieht sich immer nur auf dessen Vertretung bei einem und demselben Gericht, insbesondere auf ein und dasselbe parquet. Er bedeutet, daß jede Handlung eines einzelnen Mitgliedes, innerhalb seiner Amtsbefugnisse, für die ganze Behörde verbindlich ist. Daraus folgt einmal, daß jedes Mitglied zur Ausübung aller dem Chef zustehenden Befugnisse fähig ist und im Zweifel auch als dazu ermächtigt gilt; sodann, daß im Laufe des Verfahrens, ja sogar der Sitzung, das die Behörde vertretende Mitglied wechseln kann.

Den Gerichten gegenüber ist das ministère public unabhängig. Und zwar gilt jede gerichtliche Kritik eines Aktes des ministère public als excès de pouvoir, der die Vernichtung des Urteils nach sich zieht. Damit entfällt jede Sitzungspolizei gegenüber einem Beamten des ministère. Noch viel weniger dürfen die Gerichte dem ministère Anweisungen erteilen, welche Konsequenz indessen, zufolge des den Appellhöfen zustehenden Rechts der Kontrolle über die Ausübung der öffentlichen Klage (Art. 9 C. I. Cr.) [47]), durchbrochen ist (Art. 235 C. I. Cr., Art. 11 Ges. v. 20. April 1810).

c) Die Amtspersonen. Die ordentlichen Mitglieder des Parquets werden durch das Staatsoberhaupt ernannt. Außer Vollgenuß der droits civils et politiques und Abwesenheit einer Verwandtschaft und Schwägerschaft bestimmten Grades mit den Gerichtsmitgliedern ist Anstellungsbedingung: das Lizentiat der Rechte und ein zweijähriger Vorbereitungsdienst in der Advokatur bei einem Appellhof; ein Alter von 22 Jahren für die Substituten des procureur de la République, von 25 Jahren für die procureurs de la République, die Generaladvokaten und Substituten der procureurs généraux bei den Appellhöfen und beim Kassationshof, endlich von 30 Jahren für die procureurs généraux bei den Appellhöfen und beim Kassationshof. Die Mitglieder des Parquets können jederzeit durch die Regierung — ohne Anspruch auf Wartegeld oder Ruhegehalt — entlassen, auch in ein Amt mit niedrigerem Rang und Gehalt versetzt werden. Andererseits genießen die Beamten des ministère public eine gewisse Unverantwortlichkeit. Das ministère public kann niemals zur Zahlung

[46]) Irrtümlich Trüssel, S. 17 zu Anm. 3, sowie das Zitat in Anm. 3 das.
[47]) Cass. v. 22. Dez. 1827; Le Poittevin, No. 83 zu art. 1.



der Kosten oder der dommages-intérêts verurteilt werden [48]. Aber auch seine einzelnen Beamten können zivilrechtlich nur in Gestalt der sogenannten prise a partie — Art. 505—516 C. Proc. Civ. — in den Fällen der Art. 112, 271, 358 C. I. Cr.; 505 Ziff. 1 C. Proc. Civ. selbständig haftbar gemacht werden. Das Gericht, das auf Antrag eines Beschuldigten, Zeugen oder einer anderen Person Ausführungen eines Mitgliedes des ministère public zu Protokoll nimmt, um dem Antragsteller die Verfolgung dieses Mitgliedes zu ermöglichen, begeht einen excès de pouvoir, der die Nichtigkeitserklärung dieses Aktes nach sich ziehen kann. Endlich können die Mitglieder des ministère wegen eines Verbrechens oder Vergehens nur auf Antrag des procureur général und in einem besonders geregelten Verfahren verfolgt werden (Art. 479—503 C. I. Cr.).

Nach Art. 381 C. Proc. Civ. finden die Grundsätze über die Ablehnung (récusation) von Richtern Anwendung auf die Mitglieder des ministère public, aber nur, sofern dieses »partie jointe« ist. Denn nur in diesem Falle, in dem das ministère als Gutachter erscheint, wird Unparteilichkeit erfordert. Da nun in Strafsachen das ministère public stets »partie principale« ist, so wird gefolgert, daß in Strafsachen eine Ablehnung der Mitglieder des ministère unzulässig sei [49].

d) Kompetenzen. In seiner Eigenschaft als Organ der vollziehenden Gewalt wirkt das ministère public mit:

α) In Sachen der Justizverwaltung. Es beaufsichtigt insbesondere den Gerichtsdienst und erstattet alljährlich, in der sogenannten »mercuriale«, dem Justizminister Bericht über wahrgenommene Mißstände. Es beantragt Disziplinaruntersuchungen gegen Richter, Advokaten und Notare. Über die »officiers ministériels« (die avoués, huissiers und greffiers) übt das ministère selbst eine gewisse Disziplinargewalt aus.

β) In Zivilsachen. Bei allen Gerichten, bei denen ein Parquet besteht [50], muß ein Mitglied desselben jeder Zivilsitzung beiwohnen, widrigenfalls die ergangene Entscheidung der Vernichtung unterliegt. Das ministère public kann in allen Sachen als »partie jointe« »par voie de réquisition« eingreifen; es muß es auf Erfordern des Gerichts, vor dem Kassationshof und in den sogenannten »causes communicables«, das sind gesetzlich bestimmte Fälle, welche Angelegenheiten der öffent-

[48]) Im Falle der Freisprechung werden die vom Staate vorgeschossenen Kosten der Verfolgung nicht ersetzt; die Kosten der Verteidigung hat der Freigesprochene selbst zu tragen.

[49]) Die Folgerung wird aber z. B. von Hélie, II S. 38 ff., angefochten, der darauf hinweist, daß das ministère public jedenfalls in Strafsachen keine »simple partie« sei. Sie ist es freilich in Zivilsachen, auch als »partie principale«, ebensowenig.

[50]) Vgl. oben hinter Anm. 40.

lichen Ordnung (z. B. Zivilstandssachen, Syndikatsklagen), öffentlicher Korporationen und Hilfsbedürftiger betreffen, und welche sowohl der freiwilligen (juridiction gracieuse, devant la chambre du conseil), wie der streitigen (juridiction contentieuse) Gerichtsbarkeit angehören. Als partie jointe kann das ministère public nicht selbständig Rechtsmittel einlegen, mit Ausnahme des pourvoi en cassation »dans l'intérêt de la loi«, dessen Einlegung aber die Wirkung der angefochtenen Entscheidung für die Parteien unberührt läßt. In gewissen Sachen, und zwar gleichfalls sowohl der freiwilligen (z. B. Zivilstands-, Verschollenheitssachen) wie der streitigen (z. B. Ehenichtigkeits-, Entmündigungssachen) Gerichtsbarkeit, kann das ministère public auch als »partie principale« »par voie d'action« auftreten [51]).

γ) In Strafsachen. Hier ist die Teilnahme des ministère public an den Gerichtssitzungen ausnahmslos unerläßlich. Ihm liegt weiter die Ausübung (l'exercice) des nach französischer Auffassung der »Gesellschaft« zustehenden Rechts der öffentlichen Klage (action publique) ob (Art. 1 Abs. 1 C. I. Cr.). Daraus, daß dem ministère public nur die Befugnis zur Ausübung des Rechts der öffentlichen Klage gebührt, wird gefolgert, daß es weder mit dem Täter einen Vergleich schließen, noch die öffentliche Klage zurücknehmen, noch von vornherein auf die Einlegung von Rechtsmitteln verzichten darf. Andererseits ist es, da das ministère public immer nur als »Gesetzeswächter« handelt, geradezu seine Pflicht, wenn dies seiner Überzeugung entspricht, auf Außerverfolgungssetzung oder Freisprechung anzutragen oder ein Urteil, sogar wenn es seinen Anträgen gemäß ergangen ist, im Wege des appel oder pourvoi en cassation anzufechten. In das Recht zur Ausübung der öffentlichen Klage teilt sich das ministère public nur mit gewissen Verwaltungsbehörden, denen dieses Recht bei gewissen, ihre Verwaltung betreffenden Straffällen teils ausschließlich, teils konkurrierend mit dem ministère public, zusteht [52]). Insoweit dagegen der Verletzte die Sache anhängig machen (Art. 63, 145, 182 C. I. Cr.) oder der Appellhof (Art. 235 C. I. Cr., Art. 11 Ges. v. 20. April 1810) oder, bei Begehung einer Straftat in der Sitzung, ein sonstiges Gericht (Art. 181, 504 ff. C. I. Cr.) von Amts wegen ein-

---

[51]) Ausführliche Aufzählung der Fälle, in denen das ministère public in Justizverwaltungs- und Zivilsachen mitwirkt, bei Garsonnet, I S. 304 ff.; vgl. auch Massabiau.

[52]) Es sind dies die administrations 1. des contributions indirectes; 2. des octrois; 3. des douanes; 4. des eaux et des forêts; 5. des postes et télégraphes. Garraud, S. 526, und Le Poittevin, No. 22 zu art. 1, sprechen hier von »ministères publics spéciaux«; doch ist die strafprozessuale Stellung dieser Verwaltungsbehörden eine wesentlich andere als die des ministère public. Sie haben grundsätzlich ein freies Verfügungsrecht über die öffentliche Klage; andererseits müssen sie die Kosten tragen, wenn sie unterliegen.

schreiten kann, spricht man von einer bloßen »mise en mouvement de l'action publique«. Das Recht der Ausübung, also die weitere Verfolgung, verbleibt auch in solchen Fällen dem ministère public. Weder kann es je dem Verletzten zustehen: dieser ist vielmehr ausschließlich Träger der auf die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches gerichteten »action civile« (Art. 1 Abs. 2, Art. 3 C. I. Cr.); — noch gilt heute mehr der Grundsatz des alten Rechts: »Tout juge est officier du ministère public (procureur général).«

Unter Ausübung der öffentlichen Klage oder Strafverfolgung (poursuite) versteht man den Inbegriff der Handlungen, die zum Ziel haben, die Verurteilung eines Schuldigen zu der gesetzlich verwirkten Strafe herbeizuführen. Dazu gehört im einzelnen:

1. Das Anhängigmachen der Sache (saisir) bei dem zuständigen Untersuchungsrichter oder erkennenden Gericht (letzteres durch citation directe, wenn es sich um eine Übertretung, oder wenn es sich um ein Vergehen handelt und eine Voruntersuchung entbehrlich erscheint). Den Anstoß zur poursuite erhält das ministère public durch plainte des Verletzten (Art. 63—70 C. I. Cr.) oder dénonciation eines Dritten (Art. 30, 31 C. I. Cr.) [53]). In gewissen Fällen kann es ohne eine solche überhaupt nicht einschreiten. Ein Verfolgungs z w a n g besteht nicht. Doch kann der Verletzte selbsttätig die Strafverfolgung anhängig machen. Er hat in korrektionnellen und einfachen Polizeisachen das Recht der »citation directe« (Art. 145, 182 C. I. Cr.), in kriminellen Sachen das Recht, seine plainte unmittelbar beim Untersuchungsrichter anzubringen und sich gleichzeitig als »partie civile« zu konstituieren (Art. 63 C. I. Cr.). Durch Ausübung dieser Rechte macht der Verletzte seine »action civile« anhängig, setzt aber zugleich die »action publique« »in Bewegung« [54]). Ebenso können die vereinigten Kammern des Appellhofes von Amts wegen die Erhebung der öffentlichen Klage anordnen (Art. 11 Ges. v. 20. April 1810), und die Anklagekammer des Appellhofes kann von Amts wegen die Strafverfolgung auf andere Personen oder Handlungen erstrecken, als wegen derer sie vom ministère public angegangen ist (Art. 235 C. I. Cr.).

2. Die Stellung der Anträge (réquisitions) auf Vornahme der sachdienlichen Untersuchungshandlungen (instructions) beim Untersuchungsrichter, der dem procureur auf Verlangen jederzeit die Akten mit-

---

[53]) Art. 29 C. I. Cr. statuiert eine Pflicht zur »dénonciation officielle« für alle Behörden und Beamten bei allen Verbrechen und Vergehen; Art. 30 C. I. Cr. statuiert eine staatsbürgerliche Pflicht zur »dénonciation civique« bei allen Verbrechen und schwereren Vergehen. Beide Artikel sind indessen leges imperfectae.

[54]) Jetzt auch für den Fall des art. 63 C. I. Cr. herrschende Ansicht, Cass. v. 8. Dez. 1906; Le Poittevin, No. 22 zu art. 63; Garraud, S. 558 Anm. 1; and. Ans. noch R. Schmidt, Staatsanwalt, S. 10 Anm. 2, S. 119, 120.

teilen muß (mit der Auflage der Rückgabe binnen 24 Stunden, Art. 61 C. I. Cr.) [55]). Die schon dem alten Recht geläufige scharfe Trennung der beiden »pouvoirs«, »de requérir« und »d'instruire« ist festgehalten (Art. 47, 61, 70 C. I. Cr.). Ausnahmen davon bestehen nur im Falle des »flagrant délit« oder des »réputé flagrant délit« (Art. 41 C. I. Cr.), sofern es sich um ein crime handelt (Art. 32, 40 C. I. Cr.), oder in dem gleichgestellten Fall, wenn bei Begehung eines Verbrechens oder Vergehens im Inneren eines Hauses der procureur de la République vom Haushaltungsvorstand zum Einschreiten aufgefordert wird (Art. 46 C. I. Cr.). In diesen Fällen haben auch der procureur de la République und seine Hilfsbeamten (Art. 49—54 C. I. Cr.) das Recht zur Augenscheinseinnahme, zur Vernehmung (nicht Ladung oder Vereidigung) von Augenzeugen (Art. 32—34 C. I. Cr.), zur vorläufigen Festnahme und zum Erlaß eines Vorführungsbefehls (Art. 40 C. I. Cr.), zur Haussuchung bei dem Beschuldigten, zu Beschlagnahmen (Art. 35—39 C. I. Cr.) und zur Einholung beeideter Gutachten (Art. 43, 44 C. I. Cr.). Der procureur hat die Akten unverzüglich dem Untersuchungsrichter vorzulegen (Art. 45 C. I. Cr.). Noch weitergehend, hat das Gesetz vom 20. Mai 1863 dem procureur de la République im Falle des flagrant délit (im Sinne von Art. 41 C. I. Cr.), sofern es sich um eine korrektionnelle Sache handelt, die alleinige Instruktion, unter Ausschaltung des Untersuchungsrichters, und sogar die Befugnis zum Erlaß eines Haftbefehls (mandat de dépôt) übertragen unter der Bedingung, daß die Instruktion sich auf eine verantwortliche Vernehmung des in flagranti Ergriffenen beschränkt, und daß dessen Gestellung vor das erkennende Gericht spätestens am folgenden Tage nach der Verhaftung erfolgt. Andererseits kann im Falle des flagrant délit auch der Untersuchungsrichter ohne vorherige réquisition des procureur einschreiten (Art. 59 C. I. Cr.). — Ehe der Untersuchungsrichter nach Abschluß der Voruntersuchung Entscheidung (non-lieu oder mise en prévention, ordonnance de renvoi oder ordonnance de transmission, sc. vor die Anklagekammer) trifft, hat er wiederum eine réquisition des procureur durch »ordonnance de soit communiqué«, unter Mitteilung der Akten, zu extrahieren (Art. 127 C. I. Cr.). Lautet die Entscheidung des Untersuchungsrichters (weil er ein schwurgerichtlich abzuurteilendes Verbrechen für vorliegend hält) auf Verweisung an die Anklagekammer des Appellhofes, so hat hier der procureur général die »mise en état« zu besorgen, einen Bericht nebst Anträgen abzufassen (Art. 217, 218, 224 C. I. Cr.) und, wenn die Anklagekammer die »mise en accusation« beschließt, eine Anklageschrift einzureichen (Art. 241 C. I. Cr.) sowie abermals für mise en état vor den Assisen Sorge zu tragen (Art. 272 C. I. Cr.).

---

[55]) Olier, S. 18, tritt für die Zulassung des procureur zu den Akten der Voruntersuchung ein.

3. In der Hauptverhandlung die Stellung aller erforderlichen réquisitions (und conclusions) »au nom de la loi« und gegebenenfalls die réquisition auf »l'application de la peine« (Art. 276, 273, 335, 362, 153, 190 C. I. Cr.).

4. Gegebenenfalls die Einlegung des appel oder pourvoi en cassation sowie der opposition gegen (und zwar sämtliche) Entscheidungen des Untersuchungsrichters (Art. 135 C. I. Cr. i. d. Fass. v. 17. Juli 1856) [56]).

Außer der Ausübung der öffentlichen Klage liegt dem ministère public in Strafsachen noch der Betrieb der Vollstreckung der Verfügungen des Untersuchungsrichters (Art. 28 C. I. Cr.), sowie vor allem der Strafvollstreckung ob (Art. 165, 197, 376 C. I. Cr.). Behauptet indessen der Verurteilte Gesetzes- oder Urteilswidrigkeit der Strafvollstreckung, so entscheidet, auf Grund analoger Anwendung der Art. 472, 554 C. Proc. Civ., das Prozeßgericht, in dringenden Fällen vorläufig das tribunal correctionnel des Ortes [57]).

Die sachliche Zuständigkeit der verschiedenen Organisationen des ministère public im Verhältnis zueinander richtet sich grundsätzlich nach der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts, dem sie beigegeben sind. Die dadurch bedingten Zuständigkeitsgrenzen können durch die Aufsichts- und Leitungsgewalt der vorgesetzten Behörde nicht verschoben werden. Auch der procureur général des Appellhofes ist nicht befugt, einen procureur de la Répuplique oder Polizeikommissar seines Bezirkes aus der Ausübung der diesem ressortmäßig zustehenden Amtsbefugnisse zu verdrängen. Für die réquisitions in der Voruntersuchung ist stets der procureur de la République zuständig (Art. 22 C. I. Cr.). Vor den Assisen eines Departements, in dem sich ein Appellhof befindet, vertritt der procureur général oder ein Beamter seines Parquets das ministère public; vor den Assisen eines anderen Departements vertritt das ministère public der procureur de la République des Hauptortes, der indessen insoweit wirklich bloßer Substitut des procureur général ist, indem dieser jederzeit das Recht hat, selbst die Vertretung zu übernehmen (Art. 253, 284 C. I. Cr.). Während sonst zur Einlegung eines Rechtsmittels grundsätzlich [58]) nur der Vertreter des ministère public beim judex a quo zuständig ist, steht das Recht der opposition gegen Entscheidungen des Untersuchungsrichters und des appel gegen

---

[56]) Über die opposition entscheidet die Anklagekammer des Appellhofes. Mit Recht bemerkt Garraud, S. 892, daß dieses Rechtsmittel, welches weder gegen ein Versäumnisurteil gerichtet sei, noch des Devolutiveffektes entbehre, in Wahrheit gar keine opposition sei.

[57]) Garraud, S. 986.

[58]) Ausnahme: der auch in Strafsachen zulässige pourvoi en cassation »dans l'intérêt de la loi«, den auch, und der pourvoi en cassation auf Befehl des Justizministers, den nur der procureur général beim Kassationshof einlegen kann (art. 442, 441 C. I. Cr.).

Entscheidungen des tribunal correctionnel nicht nur dem procureur de la République, sondern auch dem procureur général zu (Art. 135, 202 C. I. Cr.). Die Vollstreckung schwurgerichtlicher Urteile betreibt der procureur général (Art. 376 C. I. Cr.).

Die örtliche Zuständigkeit zur poursuite wird allgemein durch das forum delicti commissi begründet. In kriminellen und korrektionnellen Sachen konkurrieren damit die fora domicilii und deprehensionis (Art. 23 C. I. Cr.).

B. Police judiciaire.

a) Begriff und Aufgabe im allgemeinen. Der Code v. 3. brumaire IV, der in Art. 16 als Aufgabe der Polizei die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, der Freiheit, des Eigentums und der Sicherheit des einzelnen bezeichnet, unterscheidet in Art. 18 zwei Arten der Polizei: die police administrative und judiciaire. Jener liegt ob »le maintien habituel de l'ordre public«; »elle tend principalement à prévenir les délits« (Art. 19). »La police judiciaire recherche les délits que la police administrative n'a pu empêcher de commettre, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés par la loi de les punir« (Art. 20). Diese Definition der police judiciaire ist fast wörtlich in Art. 8 C. I. Cr. übergegangen.

Die französische Jurisprudenz ist darüber einig, daß Art. 8 C. I. Cr. den sogenannten weiteren Begriff der police judiciaire definiert [59]), in welchem Sinne »police judiciaire« als Gegenstand des ersten Buches des C. I. Cr. der »justice«, dem Gegenstand des zweiten Buches des C. I. Cr., entgegengesetzt wird. In diesem weiteren Sinn begreift »police judiciaire« die gesamte Tätigkeit der Strafrechtspflege bis zu dem Augenblick, da das erkennende Gericht mit der Sache befaßt wird, also nicht nur die »recherche«, die »Erforschung des Sachverhalts«, d. i. die der Erhebung der öffentlichen Klage vorhergehenden Ermittelungen, sondern auch die instruction (arg. »en rassemble les preuves« = informations und »en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir« = actes relatifs à la personne de l'inculpé, d. i. arrestation, détention préventive) [60]).

[59]) Garraud, S. 702, 703; Le Poittevin, No. 4—6 zu art. 8.

[60]) Wenn Garraud, S. 703, unter »livrer les auteurs aux tribunaux« »actes de poursuite« versteht und demnach auch die poursuite unter die police judiciaire im weiteren Sinn bringen will, so steht das m. E. schon im Widerspruch zu art. 10 C. I. Cr., der jene Worte bei Begrenzung der gerichtspolizeilichen Kompetenz der Präfekten gebraucht, denen doch gewiß nicht »l'exercice de l'action publique« überlassen werden soll. Bei der Auslegung des Textes wird wenigstens der Gegensatz von »police judiciaire« (auch im weiteren Sinne des Wortes) zu der dem ministère public obliegenden poursuite, eben der Ausübung des Rechts zur öffentlichen Klage, festgehalten.



Im engeren Sinn bedeutet »police judiciaire« die »phase policière« des Strafprozesses, eben die »recherche«.

Die recherche umfaßt, streng genommen, nur die Entgegennahme der dénonciations oder plaintes (Art. 29—31, 63—70 C. I. Cr.) und die Einziehung von Erkundigungen. Was darüber hinausgeht (eigentliche Beweiserhebungen und Zwangsakte), fällt grundsätzlich schon in das Gebiet der »instruction«, mögen auch Beamte der police judiciaire dazu kompetent sein. In der Praxis hat aber das der Erhebung der öffentlichen Klage vorausgehende Ermittelungsverfahren des procureur de la République, in Gestalt der sogenannten »enquêtes officieuses«, eine weite Ausdehnung erhalten. Der procureur läßt durch seine Hilfsbeamten oder die Gendarmerie verantwortliche Vernehmungen, Zeugenverhöre und Durchsuchungen, einschließlich Haussuchungen, vornehmen. Allerdings darf dabei gegen niemand Zwang angewendet werden; die Zeugen werden nicht vereidigt; die Durchsuchungen finden nur bei Tage und mit Zustimmung der davon Betroffenen statt. Auch sind alle diese Akte untauglich zur Unterbrechung der Verjährung. Das die Rechte des Angeschuldigten in der gerichtlichen Voruntersuchung erweiternde Gesetz v. 8. Dez. 1897 ist auf dieses Verfahren nicht anwendbar; doch soll dem Beschuldigten bzw. seinem Verteidiger das Ergebnis der Ermittelungen mitgeteilt werden [61]).

b) Organisation, Amtspersonen und Kompetenzen im einzelnen. Die in Art. 9, 10 C. I. Cr. als solche aufgezählten Beamten der police judiciaire lassen sich wie folgt klassifizieren:

α) Höhere Beamte. In jedem Arrondissement wird die police judiciaire geleitet durch den procureur de la République und den Untersuchungsrichter (juge d'instruction).

1. Der procureur de la République (nebst seinen Substituten) ist zugleich Mitglied des ministère public und Beamter der Gerichtspolizei (Art. 22 C. I. Cr.). In jener Eigenschaft liegt ihm die oben (unter A d γ) geschilderte Ausübung der öffentlichen Klage beim Untersuchungsrichter und beim tribunal correctionnel ob. In dieser empfängt er die dénonciations und plaintes der Privatpersonen sowie die Berichte und Protokolle seiner Hilfs- und Unterbeamten (Art. 18, 20, 29, 30, 53, 54), und bewirkt er die »enquêtes officieuses«. Nur im Falle des flagrant délit ist er auch zu den oben (unter A d γ 2) aufgeführten actes d'instruction befugt.

---

[61]) Vgl. Garraud, S. 713—715; Le Poittevin, Nr. 13 ff. zu art. 32. Die der gesetzlichen Basis entbehrenden »enquêtes officieuses« haben die instruction in der Praxis vielfach verdrängt. Garraud, S. 715, nennt die Sammlung der Beweise durch den Ankläger »une évolution intéressante«.

2. Der (durch Dekret des Präsidenten der Republik bei jedem tribunal de la première instance auf drei Jahre bestellte) Untersuchungsrichter ist zugleich Organ der jurisdiktionellen und der gerichtspolizeilichen Gewalt [62]). In jener Eigenschaft übt er die ihm durch das Gesetz vom 17. Juli 1856 (welches die chambre du conseil aufhob) übertragene Entscheidungsgewalt über réquisitions des procureur de la République aus. In dieser nimmt er plaintes über Verbrechen oder Vergehen entgegen (Art. 63 C. I. Cr.) [63]), teilt er dem procureur zu seiner Kenntnis gelangte strafbare Handlungen mit (Art. 61, 70 C. I. Cr.) und schreitet er im Falle des flagrant délit von Amts wegen ein (Art. 59 C. I. Cr.) [64]). Streitig ist, ob die eigentlichen actes d'instruction, d. i. die informations, die Beweiserhebungen des Untersuchungsrichters in das Gebiet seiner gerichtspolizeilichen oder jurisdiktionellen Tätigkeit fallen. Die Frage ist praktisch, weil der Untersuchungsrichter als Beamter der Gerichtspolizei der »surveillance« der procureur général untersteht (Art. 57, 279—282 C. I. Cr.). Die Frage ist wohl dahin zu entscheiden [65]), daß zwar die actes d'instruction des Untersuchungsrichters zur Gerichtspolizei im weiteren Sinne des Art. 8 C. I. Cr. gehören und deshalb auch unter die Aufsicht des procureur général nach Art. 57 C. I.Cr. fallen, daß aber diese Aufsichtsgewalt nicht das Recht involviert, der Voruntersuchung eine bestimmte Richtung vorzuschreiben.

3. Nach Art. 10 C. I. Cr. steht den Präfekten der Departements und dem Polizeipräfekten von Paris, obgleich sie keine Beamten der police judiciaire sind, nicht nur das Recht zu, die Beamten der Gerichtspolizei um Vornahme von Amtshandlungen zu ersuchen, sondern auch selbst alle notwendigen Handlungen vorzunehmen, »à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions, et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir«. Danach hat der Präfekt — allerdings grundsätzlich nur in Person und natürlich nur innerhalb seines Departements — Instruktionsbefugnisse nicht allein, wie der procureur de la République, im Falle des flagrant délit (oben unter A d γ 2), sondern, gleich dem Untersuchungsrichter, ganz allgemein. Er kann also, nach der Rechtsprechung des Kassationshofes, Durchsuchungen, Beschlagnahmen (sogar von Postsendungen), vorläufige Festnahmen bewirken, auch einen Vorführungsbefehl (mandat d'amener) erlassen und Zeugen vernehmen. Freilich, eine verantwortliche Vernehmung des Beschuldigten durch den Präfekten wäre unvereinbar mit dem Gesetz vom 8. Dez. 1897,

---

[62]) Garraud, S. 705. Die örtliche Zuständigkeit folgt den oben unter A d γ a. E. für das ministère public dargelegten Regeln (art. 63, 69 C. I. Cr.).

[63]) Zur Entgegennahme von dénonciations ist er nicht zuständig; Garraud, S. 712.

[64]) Le Poittevin, No. 4, 5 zu art. 57.

[65]) Le Poittevin, No. 6 ff. zu art. 57.

und der Erlaß eines Haftbefehls wäre schon eine dem Präfekten nicht mehr zustehende jurisdiktionelle Handlung. Daher muß der Präfekt die Sache unverzüglich dem Parquet abgeben; auch sind die gerichtspolizeilichen Funktionen des Präfekten überhaupt nur subsidiärer Natur und unterliegen der Rechtskontrolle der ordentlichen Gerichte. Immerhin ist man in Frankreich darüber einig, daß die gerichtspolizeiliche Kompetenz der Präfekten eine anomale Durchbrechung des Grundsatzes der Trennung von Justiz und Verwaltung ist, und man hat wiederholt ihre Aufhebung vorgeschlagen.

β) Hilfsbeamte des procureur de la République. Unter diese Kategorie fallen die juges de paix [66]) für ihren Kanton, die officiers de gendarmerie [67]) für ihren Bezirk (der gewöhnlich das Arrondissement umfaßt), die maires und Beigeordneten für ihre Gemeinde, endlich die Polizeikommissare [68]) für ihren Amtsbezirk (der oft mehrere Gemeinden, immer aber die ganze Gemeinde umfaßt, mag diese auch in mehrere Arrondissements geteilt sein; Art. 12 C. I. Cr.) (Art. 48, 50 C. I. Cr.). Die genannten Hilfsbeamten nehmen dénonciations und plaintes entgegen (Art. 48, 50 C. I. Cr.) und erstatten dem procureur de la République Anzeige von allen Verbrechen und Vergehen, die zu ihrer Kenntnis gelangen (Art. 29, 53, 54 C. I. Cr.); sie haben im Falle des flagrant délit dieselben instruktionellen Befugnisse wie der procureur de la République (Art. 49, 50 C. I. Cr.), soweit dieser nicht selbst einschreitet (Art. 51 C. I. Cr.); auch können der procureur

[66]) Die juges de paix bedürfen nach der Verfassung v. 5. fructidor III nicht des Nachweises juristischer Vorbildung.

[67]) Das Gendarmeriekorps ist derjenige Teil der bewaffneten Macht, der unmittelbar zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, sowie zur Vollstreckung der Gesetze bestimmt ist. Die Organisation beruht auf dem Dekret v. 20. Mai 1903. Das Korps untersteht den Ministerien des Innern, der Justiz, der Marine und der Kolonien. Es zerfällt in Brigaden, die über das ganze Land verteilt sind. Nur die Offiziere sind Beamte der Gerichtspolizei, dagegen nicht die Unteroffiziere und Gendarmen (außer in besonders bestimmten Fällen, z. B. nach dem Tabaksgesetz; vgl. des näheren darüber Le Poittevin, No. 83 ff. zu art. 9).

[68]) Jede Stadt von mindestens 5000 Einwohnern hat einen Polizeikommissar. In Städten über 10 000 Einwohnern kommt ein Polizeikommissar immer auf 10 000 Einwohner. In Städten mit mehreren Polizeikommissaren hat man commissaires centraux geschaffen, welche die Aufsicht über die anderen führen. Über die Organisation der Pariser Kriminalpolizei vgl. im Text unter B c α. Außer diesen commissaires de police urbains ou communaux gibt es commissaires spéciaux zur Bewachung der Eisenbahnen, Grenzen und für Bezirke ohne örtlichen Polizeikommissar zur Erledigung bestimmter Geschäfte. Alle Polizeikommissare werden durch den Präsidenten der Republik ernannt. Voraussetzung ist die Ablegung des Baccalaureats, sowie — nach einjähriger Probedienstzeit — des Polizeisekretärexamens; ferner ein mehrjähriger Dienst als »secrétaire de police« und »officier de paix«. Die Polizeikommissare sind der Ortspolizeibehörde untergeordnet.

und der Untersuchungsrichter die Ausübung ihrer Befugnisse sämtlichen bezeichneten Hilfsbeamten delegieren (Art. 52, 83—85 C. I. Cr.) [69]). Handelt es sich um eine bloße Polizeiübertretung, bei der eine instruction nicht stattfindet, so liegt die ganze recherche und constatation in der Hand des Polizeikommissars, eventuell des maire oder Beigeordneten (Art. 11—15 C. I. Cr.). Ebenso übertragen gewisse Spezialgesetze den Polizeikommissaren bzw. den maires und Beigeordneten das Recht zur recherche und constatation des Tatbestandes [70]).

γ) Unterbeamte. Die gardes champêtres und forestiers sind betraut mit der recherche und constatation der Feld- und Forst-Vergehen und -Übertretungen innerhalb des Bezirks, für den sie vereidigt sind [71]). Sie haben das Recht, ein Protokoll aufzunehmen und, in Ausübung der »Spurfolge« hinsichtlich der entwendeten Gegenstände, Durchsuchungen und Beschlagnahmen zu bewirken. Haussuchungen können sie nur in Gegenwart des juge de paix, seines suppléant, des Polizeikommissars, des maire oder seines Beigeordneten vornehmen. Sie haben schließlich im Falle des flagrant délit (und zwar nicht nur bei Feld- und Forstdelikten), sofern Gefängnis oder eine schwerere Strafe verwirkt ist [72]), den Beschuldigten verläufig festzunehmen und ihn dem juge de paix oder maire vorzuführen (Art. 16 C. I. Cr., Art. 160, 161 C. for.) Die gardes champêtres communaux sind überdies mit der recherche und constatation aller Übertretungen von Ortspolizeiverordnungen betraut (Art. 102 Ges. v. 5. April 1884). Außerdem legen ihnen, wie den im öffentlichen Dienst stehenden gardes forestiers, gewisse Spezialgesetze die Befugnis zur Erforschung und Feststellung des Tatbestandes bei [73]). Nach dem Dekret vom 20. Mai 1903 haben die gardes mit der Gendarmerie Fühlung zu unterhalten; die gardes champêtres communaux stehen sogar unter Aufsicht der Brigadekommandeure und Offiziere der Gendarmerie.

δ) Endlich hat die Mehrzahl der Staatsverwaltungszweige (z. B. der Eisenbahnen, Steuern, Zölle) eigene vereidigte Beamte, die zur Feststellung des Tatbestandes besonders bestimmter Delikte ver-

[69]) Also auch die Untersuchungsrichter den Polizeikommissaren und maires, obgleich art. 83, 84 C. I. Cr. dies nicht unmittelbar ergeben; Le Poittevin, No. 41, 42, 71, 72 zu art. 85.

[70]) Vgl. des näheren Le Poittevin, No. 31 ff., 74 zu art. 11.

[71]) Die gardes champêtres sind entweder solche der Gemeinden oder solche von Privateigentümern; die gardes forestiers sind entweder solche des Staats oder solche der Gemeinden und öffentlichen Anstalten oder solche von Privatpersonen. Die gardes des particuliers bedürfen der Bestätigung durch die Regierung und, wie alle übrigen gardes und officiers de police judiciaire überhaupt, der Vereidigung.

[72]) Handelt es sich um Begehung eines Forstdelikts durch einen Unbekannten, so genügt die Verwirkung von Geldstrafe (Art. 163 C. for.).

[73]) Vgl. Näheres bei Le Poittevin, No. 68 ff., 93 ff. zu art. 16.



pflichtet sind [74]). Dagegen sind die Gendarmen [75]) und die der Ortspolizeibehörde unterstellten »agents de police« (die sergents de ville, gardiens de la paix usw.) nur zur Unterstützung der Beamten der police judiciaire verbunden, ohne selbst solche zu sein.

Alle Beamten der Gerichtspolizei, auch die Untersuchungsrichter, insoweit sie gerichtspolizeiliche Funktionen ausüben (Art. 57 C. I. Cr.; oben unter α 2), stehen unter der Aufsicht der procureur général des Appellhofes (Art. 279 C. I. Cr.). Da dieser indessen selbst nicht Beamter der Gerichtspolizei ist, so kann er selbst gerichtspolizeiliche Handlungen weder unmittelbar noch mittelbar vornehmen [76]). Seine Aufsicht äußert sich nur darin, daß er die ihm unterstellten Beamten der Gerichtspolizei verwarnen und im Rückfall vor den Appellhof zwecks Erteilung eines Verweises (unter gleichzeitiger Verurteilung in die Kosten) laden kann (Art. 280—282 C. I. Cr.). Die gardes champêtres und forestiers stehen überdies noch unter der besonderen Aufsicht des procureur de la République [77]), unbeschadet ihrer Unterordnung unter ihre Verwaltungschefs (Art. 17 C. I. Cr.). Außer seiner Disziplinargewalt über die »agents« de la police judiciaire, übt der Appellhof noch insofern eine gewisse Leitungsgewalt über ihre »actes« aus (Art. 9 C. I. Cr.), als er gemäß Art. 11 Ges. v. 20. April 1810, Art. 235 C. I. Cr. (oben unter A d γ 1) neue Untersuchungen anordnen kann. Im übrigen steht den Gerichten eine Zensur der Amtshandlungen der Beamten der Gerichtspolizei nicht zu.

Alle Beamten der Gerichtspolizei sind vor Antritt ihres Dienstes zu vereidigen. Sie sind aus denselben Gründen von der Ausübung ihres Amtes ausgeschlossen oder ablehnbar, wie Zeugen (Art. 156, 190 C. I. Cr.; arg. Art. 176 C. for., Art. 53 Ges. v. 15. April 1829). Für die Untersuchungsrichter finden die auf Richter bezüglichen Ablehnungsvorschriften unmittelbar Anwendung (Art. 378 ff. C. Proc. Civ.); ja, es gelten sogar die bei Ablehnung eines ganzen Gerichts anwendbaren Ablehnungsgrundsätze (sogenannte demandes en renvoi pour cause de suspicion légitime, Art. 542 C. I. Cr.). Verbrechen und Vergehen im Amte von Beamten der Gerichtspolizei werden in einem besonderen Verfahren abgeurteilt (Art. 483 C. I. Cr.).

---

[74]) Vgl. des näheren bei Le Poittevin, No. 14 ff. zu art. 9.

[75]) Vgl. oben Anm. 67.

[76]) Der procureur général übt selbst gerichtspolizeiliche Funktionen nur in den Ausnahmefällen der art. 464, 484 C. I. Cr. (Geldfälschung, Amtsverbrechen) aus.

[77]) Daß der procureur de la République tatsächlich auch z. B. die Polizeikommissare beaufsichtigt, zeigt ein Rundschreiben des procureur de la R. près le tribunal de la Seine an die Polizeikommissare seines Bezirks v. 1. Juli 1897 (Journal des parquets, 1897, III, S. 190), in dem der procureur auf schnellere Information dringt.

Protokolle, welche Beamte der Gerichtspolizei im Rahmen ihrer Kompetenz aufnehmen, liefern vollen Beweis — vorbehaltlich des zulässigen Gegenbeweises —, wenn es sich um eine Übertretung oder ein solches Vergehen handelt, dessen Feststellung den in Frage kommenden Gerichtspolizeibeamten durch lex specialis übertragen ist (Art. 154 C. I. Cr.). Handelt es sich um eine Zuwiderhandlung gegen die Zoll-, Wasser- oder Forstgesetze, so ist sogar nur der Nachweis der Fälschung zulässig.

c) Die Pariser Kriminalpolizei und die brigades de police mobile.

α) Die Organisation der Pariser Kriminalpolizei ist durch Dekret vom 1. August 1913 einer Neuordnung unterzogen worden, deren Tendenz die Verlegung des Schwerpunktes auf die »commissaires divisionnaires« ist. Danach zerfallen die 20 Arrondissements von Paris polizeilich überhaupt in 8 »divisions«. Jede dieser divisions wird von einem commissaire divisionnaire geleitet, dem sämtliche Polizeikommissare und sonstigen Polizeibeamten seiner division unterstellt sind, der aber überdies noch über eine Brigade von etwa 50 Kriminalinspektoren verfügt, welche von der Kriminalabteilung (service de sûreté) der Polizeipräfektur detachiert sind. Diese Inspektoren unterstehen im übrigen dem »directeur de la police municipale« (Abteilungschef der Polizeipräfektur), insoweit sie Handlungen der Sicherheitspolizei (»voie publique«, Beobachtung übel beleumundeter Orte und Personen) vornehmen, dem directeur des recherches, jetzt sogenannten »directeur de la police judiciaire« (gleichfalls Abteilungschef der Polizeipräfektur), insoweit sie Handlungen der eigentlichen police judiciaire vornehmen. Der »service central de sûreté« bei der Polizeipräfektur ist mit etwa 265 Inspektoren, unter denen sich vor allem die »Spezialisten« der Kriminalpolizei befinden, aufrechterhalten. Diese »brigade centrale«, zusammen mit der Verwaltung der vereinigten Kriminalarchive und dem Erkennungsdienst, ist dem »directeur de la police judiciaire« unmittelbar unterstellt.

β) Der Mangel einer geschulten Kriminalpolizei in den kleineren Städten und Landgemeinden einerseits, die Beschränkung der ordentlichen Polizeiorgane in ihrer örtlichen Zuständigkeit auf ihren Amtsbezirk andererseits hat zur Einrichtung der brigades de police mobile geführt (Dekret vom 30. Dez. 1907). Diese Brigaden, deren Zahl ursprünglich zwölf betrug, aber durch Dekret vom 31. Aug. 1911 auf fünfzehn erhöht ist, sind über ganz Frankreich verteilt [78]. Jede

[78]) Die Hauptstandorte sind: Paris, Lille, Caen, Angers, Orléans, Clermont-Ferrand, Bordeaux, Toulouse, Marseille, Lyon, Dijon, Reims, Rennes, Montpellier, Nancy.

von ihnen besteht aus einem commissaire divisionnaire und der erforderlichen Zahl von Kommissaren (im ganzen 39) und Inspektoren (im ganzen 160). Außerdem befindet sich in Paris der dem Ministerium des Innern unterstellte »contrôle général«, der aus einem commissaire principal, 2 commissaires divisionnaires, 16 commissaires de police mobile und 30 inspecteurs de police mobile besteht. Die police mobile hat die ausschließliche Aufgabe, die Organe der Strafrechtspflege bei Ermittelung und Bestrafung der Verbrechen und Vergehen des gemeinen Rechts zu unterstützen (Art. 1 des Dekrets vom 31. Aug. 1911). Dem contrôle général liegt ob die Oberleitung der brigades régionales, die Ermittelung der gewerbsmäßigen Verbrecher, die Bekämpfung der Spionage und die Zentralisierung und Verbreitung aller gegen flüchtige Verbrecher beschlossenen gerichtlichen »mandats« mittels eines Zentralpolizeiblattes [79]) (Art. 2 des Dekrets vom 31. Aug. 1911). Die Kommissare der police mobile sind, wie alle Polizeikommissare (oben unter b β), Beamte der police judiciaire und haben deren Rechte und Pflichten. Sie sind bei der Ausübung ihrer Funktionen nicht an ihren Standort gebunden, können vielmehr innerhalb ihres Brigadebezirks überall tätig werden. Die Beamten des contrôle général sind überhaupt keiner örtlichen Beschränkung unterworfen (Art. 3 des Dekrets vom 31. Aug. 1911) [80]). Die procureurs und Untersuchungsrichter sind durch Justizministerialverfügung vom 4. April 1908 [81]) angewiesen, sich der Beamten der police mobile nur in dringenden und besonders schweren Fällen, endlich nicht länger als unbedingt erforderlich, zu bedienen [82]). Sie haben dabei grundsätzlich die Vermittelung des procureur général nachzusuchen und können nur in den allerdringendsten Fällen sich direkt an den Brigadechef wenden.

---

[79]) Alle gegen flüchtige Verbrecher erlassenen Haftbefehle sind dem contrôle général mitzuteilen (vgl. schon Just.Min.Verf. v. 24. April 1907, Journal des parquets, 1907, III, S. 214).

[80]) Alle Beamten der police mobile sind zur Benutzung der schnellsten Transport- und Korrespondenzmittel berechtigt und genießen freie Fahrt und Portofreiheit.

[81]) Journal des parquets, 1908, III, S. 141. Über den Verkehr des parquets mit den brigades mobiles sind noch ergangen die Just.Min.Verf. v. 6. Jan. 1910 u. 21. Sept. 1911 (Journ. d. parqu. 1910, III, S. 33; 1912, III, S. 23).

[82]) Darüber hinaus nur, sofern der Geschädigte die Kosten vorschießt und der allgemeine Dienst der Brigaden nicht darunter leidet. Nach dem Bericht von Weiß, S. 541, ersetzen die Beamten der Brigaden tatsächlich vielfach die Privatdetektivs.

Festgabe für Josef Kohler zum 9. März 1919
9. Beitrag

Die Reformfragen der Kriminalpolizei[1].

Von Dr. jur. Hans Schneickert, Berlin.

In einer Zeit, die dem unbedingten Fortschritt auf allen Gebieten des öffentlichen Lebens gewidmet sein soll, müssen auch die Reformfragen einzelner Staatseinrichtungen wieder in den Vordergrund gerückt werden. Soweit die Kriegslage ein Beiseiteschieben solcher Fragen verursacht hat, kann dieser Grund nicht mehr länger geltend gemacht werden, sobald die fachwissenschaftlichen Bestrebungen wieder einen Konzentrationspunkt gefunden und die Fachberufe sich dem neuen Stande des Staatslebens werden angepaßt haben. Die zu dem alten Regime gehörige Formel »wohlwollender Erwägung« muß durch die Tat abgelöst werden, soweit die in maßgebenden Fachkreisen bereits durchberatenen und geforderten Neuerungen dazu Anlaß geben. Gewiß wird in Zukunft mehr als je für die Einführung von Neuerungen die Kostenfrage ausschlaggebend sein müssen, aber soweit Veraltetes durch Neues ersetzt werden kann, braucht das keineswegs die Kostenfrage in erster Linie zu berühren, denn manches läßt sich sogar unter Kostenersparung vereinfachen. Die kriminalistischen Reformfragen kann man in zwei Hauptgruppen einteilen: 1. Fachausbildung, 2. Behördenorganisationen. (Eine dritte Hauptgruppe, die aber hier nicht näher erörtert werden soll, ist die schon längst in Angriff genommene Strafrechts- und Strafprozeßreform.)

Was die erste Frage der Fach- oder Berufsausbildung anlangt, so haben sich die berufensten Kreise auf dem letzten Kongreß der »Internationalen kriminalistischen Vereinigung« (»I. K. V.«) in Kopenhagen (1913) bereits eingehend damit beschäftigt und das gesamte Material gesammelt, soweit die kriminalistische Ausbildung der Juristen in Frage kommt (vgl. Mitteilungen der I. K. V. 1913, **20** 338—364 und 522—579). Ohne daß dort formelle Beschlüsse gefaßt worden wären, war man sich aber doch darüber einig, daß eine Ausbildung der sich der Strafrechtspflege zuwendenden Juristen in den kriminalistischen Hilfswissenschaften geboten erscheint, sei es während der Studienjahre, oder sei es nach dem Abschlusse derselben. Man sah auch ein, daß die Hauptträger der kriminalistischen Hilfswissenschaften die großstädtischen Kriminalpolizeibehörden mit ihren modernen Einrichtungen, ihrem Lehrmaterial und ihren erfahrenen Praktikern seien, so daß in Unterrichtsfragen eine enge Fühlungnahme

[1] Vgl. auch meine Aufsätze in Groß' Archiv **59** 71 ff. und in der »Monatsschrift f. Kriminalpsychologie u. Strafrechtsreform« **10** 221 ff.

mit diesen erwünscht und erforderlich sei. Deshalb kommt es wesentlich darauf an, ob und welche Ausbildungsgelegenheiten bei den Polizeizentralen überhaupt bestehen und ob sie zweckmäßig umgestaltet werden können, um zu einer wirklichen Ausbildungsstätte zu werden. Man geht dabei, ohne daß man dies irgendwo ausgesprochen hätte, von dem richtigen Gedanken aus, daß zunächst einmal der kriminalistische Unterrichtsstoff und die Lehrweise bei den praktischen Kriminalisten selbst eine bestimmte und brauchbare Form angenommen haben müßte, ehe es den Juristen zur Pflicht gemacht werden könnte, sich ihre weiteren Fachkenntnisse dort zu sammeln. Aus diesem Grunde und weil andererseits die juristischen Fakultäten unserer Hochschulen noch vielfach veralteten Lehrprogrammen und Methoden huldigen, daher keine Vertreter der kriminalistischen Hilfswissenschaften kennen oder beanspruchen, muß die kriminalistische Ausbildung erst von unten herauf und aus der Praxis heraus reformiert oder vielmehr eingeführt werden. Das soll geschehen durch besondere Polizeischulen für die unteren Polizeibeamten und die Errichtung von Polizeiakademien[2]) für die höheren Polizeibeamten und Strafrechtspraktiker (vgl. zur letzteren Frage die Denkschrift über die Ausbildung in den strafrechtlichen Hilfswissenschaften, die Anfang 1914 den preußischen Ministerien des Unterrichts, der Justiz und des Innern von Dr. Lindenau, Prof. v. Liszt und Prof. Dr. Straßmann eingereicht worden ist [3]).

Es ist bekannt, wie heutzutage mangels besserer Einrichtungen dieses Fachstudium betrieben wird: flüchtig und oberflächlich, unsystematisch und daher zwecklos. Hier wie überall in der Wissenschaft muß der Grundsatz Geltung haben: Ohne theoretische Kenntnisse keine Praxis! Unsere Strafrechtswissenschaft, wie sie heute gelehrt wird, enthält aber keine theoretischen Grundlagen der praktischen Kriminalistik und ihrer Ergänzungsfächer; folglich muß eine solche in den Studienplan neu eingeführt werden, und zwar durch bedingt obligatorische Fächer, so daß diejenigen, die sich der Strafrechtspflege widmen wollen, das Studium der hierzu notwendigen Hilfswissenschaften rechtzeitig betreiben und nachweisen können. Dies wäre ein Mittelweg, wenn man sich überhaupt scheuen sollte, einige dieser Hilfswissenschaften überhaupt als obligatorische Studienfächer unserer Juristen zu erklären. Ehe die juristischen und insbesondere kriminalistischen Hilfswissenschaften nicht als akademische Wissenschaften anerkannt werden, kann die ganze Streitfrage weder zum Nutzen der Studierenden, noch

[2]) In ähnlichem Sinne hatte sich vor vielen Jahren schon Avé-Lallemant geäußert; vgl. meinen Bericht in Groß' Archiv **48** 385.

[3]) Abgedruckt in der D. Strafrechtszeitung 1916, S. 98 ff.



zur Zufriedenheit der Vertreter jener Hilfswissenschaften gelöst werden.

Auch für die unteren Kriminalbeamten muß ein einheitliches, in Polizeischulen eingeführtes Mindestprogramm vorgeschrieben werden, das etwa dem in der Posener Tagung der I. K. V. (1908) gefaßten Beschluß entspricht: »Die Exekutivbeamten der Kriminalpolizei sind auf dem Gebiet der Strafgesetzgebung, Kriminalistik und auch, ihrer allgemeinen Bildung angemessen, in der Kriminalpsychologie auszubilden.«

Die Kriminaloberwachtmeister und Kriminalwachtmeister der Kriminalpolizeibehörden Groß-Berlins haben bei Gelegenheit des Umsturzes im November 1918 in einer auch an den Minister des Innern überreichten Denkschrift über die Reform der Kriminalpolizei u. a. die Forderung aufgestellt: »Unbedingte Durchführung des Grundsatzes, daß jedem Kriminalbeamten nach erwiesener Befähigung, ohne Rücksicht auf das Dienstalter, das Aufrücken in die höheren Dienstgrade der Kriminalpolizei ermöglicht wird.« Damit wollten jene Beamten, die in überwiegender Anzahl als Militäranwärter zur Schutzmannschaft kamen und von dort zur Kriminalpolizei übernommen wurden, den neu aufgestellten Grundsatz: »Freie Bahn jedem Tüchtigen« besonderen Nachdruck verleihen. Unter dem Befähigungsnachweis kann aber nur die Erfüllung der für die Zulassung zu den höheren Dienstgraden der Kriminalpolizei jeweils bestehenden Bedingungen verstanden werden, also die Ablegung der Kommissarprüfung, die trotz aller Bestrebungen doch nur für eine kleine Anzahl wirklich befähigter und sonst gut vorgebildeter Unterbeamten in Betracht kommen kann, weil auch die Zulassung und Besetzung der Kommissarstellen durch den allgemeinen wirtschaftlichen Grundsatz von Angebot und Nachfrage begrenzt ist [4]). Sollten die bisher geltenden Annahmebedingungen für den höheren Kriminalpolizeidienst in Groß-Berlin, insbesondere »Besitz einer umfassenden und abgerundeten allgemeinen Bildung, der durch die Ablegung der Reifeprüfung auf einem Gymnasium oder einer gleichgestellten höheren Lehranstalt als erbracht angesehen wird«, durch jene Forderung durchbrochen werden, so könnte doch nur ein gewisser geringer Prozentsatz der zu besetzenden Stellen den Kriminaloberwachtmeistern vorbehalten werden, die neben den eigentlichen Kommissaranwärtern (mit Reifezeugnis) zur Kommissarprüfung zugelassen werden. Sollte aber auf die durch Gymnasialbildung nachgewiesene Allgemeinbildung des

[4]) Daß es leider auch genug Beamten gibt, die in schlagwortähnlichen »Versprechungen« das ganze Heil ihrer Zukunft vor Augen sehen, ersieht man z. B. aus der Forderung des »Ausschusses der Beamtenschaft in Dortmund und Umgebung«: »... Unbeschränkter Aufstieg aller Beamten auf Grund ihrer nachgewiesenen Tüchtigkeit und Bewährung ohne Rücksicht auf besondere Prüfungen.« (Vgl. »Die Polizei« v. 19. XII. 18, S. 328.)

Kommissaranwärters verzichtet werden, so wäre das ein Rückschritt und könnte nur eine Beeinträchtigung des Standes herbeiführen. Da der Konkurrenzkampf bei Besetzung von Staatsstellen eher noch schärfer als bisher werden wird, ist an eine wesentliche Milderung der erwähnten Annahmebedingungen kaum zu denken, zumal sich in den letzten 10 bis 15 Jahren in überwiegender Anzahl Juristen um Kommissarstellen beworben haben, wenigstens in Berlin. Der Grundsatz: »Freie Bahn jedem Tüchtigen« kann nicht so aufgefaßt werden, daß die vorgeschriebenen Prüfungen nicht mehr berücksichtigt zu werden brauchten, sonst müßte z. B. ein geschickter und erfahrener Bader auch die Zulassung zur Klasse der »Wundärzte« verlangen können; kurz, solche Beispiele könnten in jedem Berufe, der ein gewisses Vorstudium verlangt und den Nachweis vorgeschriebener Prüfungen, dafür angeführt werden, daß der Grundsatz: »Freie Bahn jedem Tüchtigen« die jeweils bestehenden Prüfungsordnungen nicht außer Geltung setzen darf.

Viel wesentlicher ist noch die zu fordernde gediegene Ausbildung der Polizeibeamten überhaupt und der Kriminalbeamten insbesondere; sie hat bei uns noch lange nicht den heute als notwendig anzuerkennenden Stand erreicht, wie er bereits in ausländischen Staaten zu beobachten ist (vgl. z. B. meinen Bericht über die neue dänische Staatspolizeischule in der »Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft« **39** 726 ff.).

Über die Frage der Vor- und Ausbildung, wie auch der Zulassung der Anwärter für den Kriminalpolizeidienst äußert sich Dr. Lindenau in Groß' Archiv **70** 194 in folgenden Worten:

»Den Beamten der Kriminalpolizei muß eine Laufbahn eröffnet werden, für die der Bewerber sich von vornherein entschließt und ausgebildet wird, und in der er Aussicht auf Vorwärtskommen nach Stellung, Rang und Gehalt findet. Um das unentbehrliche Zusammenarbeiten zwischen Kriminalpolizei und dem übrigen Sicherheitsdienste zu gewährleisten, wird für die Anwärter des allgemeinen Polizei- und Kriminaldienstes zweckmäßig in Unterstufen eine einheitliche Ausbildung vorgesehen. Der Kriminalbeamte kann seinen besonderen Aufgaben nicht gerecht werden, wenn er nicht imstande ist, die Hilfen richtig einzuschätzen und heranzuziehen, die er durch die Mitwirkung der allgemeinen Polizei erhalten kann. Es braucht nur an die Aufgaben erinnert zu werden, die beispielsweise den Straßenaufsichts-, Bahn- und Hafenbeamten bei der Fahndung nach flüchtigen Verbrechern zufallen, oder an das wertvolle Nachrichtenmaterial, das von der Fremden-, Gewerbe- oder Sittenpolizei herangezogen werden kann. Auch ist zu berücksichtigen, daß eine besondere Fähigkeit, die den Polizeianwärter für einen bestimmten Dienstzweig, insbesondere für den Kriminaldienst, geeignet erscheinen läßt, meist erst im Laufe des Ausbildungsganges klar zutage tritt. Die Grundlagen des gesamten Polizeidienstes sind einheitlich und können deshalb im gemeinsamen Unterricht erteilt werden. Hierfür wird ein einjähriger praktischer Kursus bei einer Polizeibehörde genügen, an den sich der ebenfalls einjährige Besuch einer Polizeihochschule schließen muß. Auch die Vorbereitung für den höheren Dienst in der uniformierten Polizei kann auf die Dauer des Abschlusses durch eine solche

wissenschaftliche Hochschulbildung nicht entbehren, die aber die Begründung solcher bisher nicht vorhandener höherer Polizeilehranstalten voraussetzt ... Nach bestandener Hochschulprüfung beenden die Anwärter ihre praktische Ausbildung. Der hier vorgeschlagene Bildungsgang läßt erkennen, daß als Vorbedingung der Annahme die Reifeprüfung an einer Mittelschule gefordert werden muß. Doch sollte eine Beförderung bewährter Unterbeamten in die höhere Laufbahn nicht ausgeschlossen sein und könnte, wenn auch als Ausnahme, bei besonders hervorragenden Leistungen erfolgen.

Auch die Vorbereitung der Unterbeamten muß sich aus praktischem Instruktionsdienste und theoretischer Anleitung zusammensetzen. Die endgültige Anstellung ist von dem erfolgreichen, auf mindestens sechs Monate zu bemessenden Besuche einer Polizeischule, wie sie bereits an zahlreichen Orten bestehen, abhängig zu machen. Ohne eine solche planmäßige und gründliche Vorbildung ihrer Beamten wird die Kriminalpolizei trotz der besten Organisation nicht in der Lage sein, die schweren, ihr bevorstehenden Aufgaben zu erfüllen. Die Vorbereitung des Personals wird aber bald beginnen müssen, wenn sie zur rechten Zeit ihre Wirkung äußern soll ...«

Die allmählich eintretende Verwaltungsvereinfachung und Beamtenersparung bedingt eine bessere individuelle Ausnützung des einzelnen Beamten: je tüchtiger ein Beamter ist, desto mehr kann er leisten, qualitativ wie quantitativ. Das bisherige System der Einstellung von Zivilversorgungsberechtigten, mit dem gerade in jetziger Zeit leider noch nicht gebrochen werden kann, wohl aber in einer Zeit, in der die deutschen Bundesstaaten keine große Militärmacht mehr zu unterhalten brauchen, erschwert den Grundsatz der besten Auswahl und besseren Besoldung dieser Beamtenklassen ganz bedeutend, denn es ist ein großer Unterschied, ob ein Mensch nach einer Behörde als einer Versorgungsanstalt strebt, oder ob er sie aus Berufsneigung aufsucht. Das kann aber doch nicht daran hindern, zu verlangen, daß die zum Kriminalpolizeidienst aus jenen Zivilversorgungsberechtigten ausgewählten Beamten durchweg besser und strenger geschult werden müssen als bisher, um ihre Leistungsfähigkeit zu erhöhen und die von ihnen allgemein angestrebten Besoldungserhöhungen auch, trotz des staatlichen Sparzwanges, rechtfertigen zu können.

Die Organisation der deutschen Kriminalpolizei hat im Laufe der letzten zehn Jahre im allgemeinen noch keine sehr bemerkenswerten Fortschritte gemacht, ausgenommen vielleicht die Errichtung der sieben Brigaden der sächsischen Landeskriminalpolizei nach französischem Muster [5]).

Es muß anerkannt werden, daß die Erörterungen dieser Fragen noch nicht soweit gediehen sind, daß man jetzt schon grundlegende Neuordnungen der gesamten deutschen Kriminalpolizei erwarten könnte.

---

[5]) Vgl. dazu die grundlegenden Arbeiten von Curt Weiß in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft **20** 525 ff. und in den »Mitteilungen der int. krim. Vereinigung« **17** 355 ff.; vgl. ferner meinen Aufsatz über die dänische Reichskriminalpolizei in Groß' Archiv **56** 5—9.

Die deutsche Polizeikonferenz in Berlin (Dezember 1912), zu der Vertreter mehrerer deutscher Bundesstaaten entsandt worden waren, hat gewisse bemerkenswerte Beschlüsse gefaßt [6]), die auf ein enges und zielbewußtes Zusammenarbeiten aller deutschen Kriminalpolizeibehörden, namentlich aber der Zentralstellen, hinauslaufen sollen. Die Beschlüsse, die der Enderfolg der Ausführungskommission in ihren Beratungen in Wiesbaden (1913) waren, sind seinerzeit den Bundesregierungen zugestellt, aber bis heute noch nicht sanktioniert worden. Daran mag allerdings die Kriegslage in erster Linie schuld gewesen sein, so daß die Anerkennung und Durchführung jener Beschlüsse einer der wichtigsten Aufgaben unserer Polizeireform in den nächsten Jahren sein muß. Infolge der eingetretenen Neuordnung des gesamten Staatswesens wird wahrscheinlich eine Revision und Ergänzung jener Beschlüsse notwendig werden.

Als zweiter verzögernder Umstand kann vielleicht noch das Hinausschieben der Strafprozeßreform in Anrechnung kommen, bei der die Stellung der Kriminalpolizei im strafprozessualen Ermittelungsverfahren [7]) und ihre einheitliche Umgestaltung ebenfalls berücksichtigt werden müßte. Eine solche Umgestaltung ist in dem Sinne gedacht, daß eine gleiche Gewähr wie für die formelle Durchführung eines Strafprozesses auch für das polizeiliche Ermittelungsverfahren erforderlich wäre, allerdings nicht so, daß bestimmte Vorschriften über die Art und Weise des polizeilichen Ermittelungsverfahrens zu erlassen, sondern daß gleiche Vorbedingungen für ein einheitliches und erfolgreiches polizeiliches Ermittelungsverfahren zu schaffen wären. Zu solchen gleichen Vorbedingungen gehören in erster Linie eine möglichst gleichmäßige einheitliche Schulung der Exekutivbeamten in Stadt und Land, sowie eine der Verbrechenserscheinung angepaßte Verteilung und Ausrüstung der Kriminalbeamten. Denken wir z. B. an einen Mord in der Kleinstadt oder auf dem platten Lande, so sind die örtlich zuständigen Polizeiorgane, ebenso wie auch die richterlichen Beamten, mangels Übung oft nicht in der Lage, die Straftat aufzuklären, weshalb häufig Beamte von großstädtischen Kriminalbehörden zugezogen werden müssen. Diesem Mißstand soll vor allem die in Brigaden eingeteilte staatliche Landeskriminalpolizei, wie sie in Sachsen und in Dänemark besteht, abhelfen. Von diesem Gesichtspunkte aus muß also dieses System der über den örtlichen Polizeibezirk hinaus zuständigen und besonders organisierten und geschulten

---

6) Vgl. meinen Bericht in Groß' Archiv **51** 169 ff., ferner die Bemerkungen eines Abgeordneten im preuß. Abgeordnetenhaus über die einheitliche Organisation der deutschen Kriminalpolizei in Groß' Archiv **52** 189 ff., sowie meine Zitate aus Avé-Lallemants Werken in Groß' Archiv **48** 383 ff.

7) Vgl. meinen auszugsweisen Bericht hierüber in Groß' Archiv **24** 120 ff.

staatlichen Kriminalmannschaften befürwortet werden, die bei der Verfolgung und Aufklärung gerade der schwersten Verbrechen die anders nicht zu beseitigenden Lücken in der Besetzung der Kriminalpolizei in Kleinstädten oder auf dem Lande ausfüllen sollen.

Bei der Frage der inneren Behördenorganisation, als deren Beispiel hier auch wieder die großstädtische Kriminalpolizei in erster Linie ins Auge gefaßt werden soll, muß man immer wieder zurückkommen auf das Hauptproblem: Zentralisierung oder Dezentralisierung. Ich kann hier wiederholen, was ich schon in meiner früheren Arbeit »Das ökonomische Prinzip der internationalen Polizeihilfe« (in den Mitteilungen der I. K. V. **21** 75) dazu gesagt habe: »Es gibt Dinge, die nur durch Zentralisation, und Dinge, die nur durch Dezentralisation gefördert werden können. Die Dezentralisation ist weitgehende Arbeitsteilung, die aber eine gleichzeitige Zentralisierung der Arbeitskräfte voraussetzt, insofern nämlich eine jede Arbeitsteilung eine Zentralinstanz, die durch Arbeitsteilung entlastete Oberleitung erfordert.« Die Probleme, die namentlich bei angrenzenden Großstadtgemeinden, z. B. Groß-Berlin, Hamburg-Altona usw., bei Regelung gemeinsamer Interessen auftauchen und sich selbstverständlich nicht auf die rein kommunalen Wohlfahrtseinrichtungen erstrecken, sondern auch die Aufgaben des Sicherheitswesens umfassen, haben trotz aller Bestrebungen noch keine befriedigenden Resultate erzielt, wenigstens noch nicht in Groß-Berlin. Es ist nicht zu verkennen, daß es sich um recht schwierige Fragen hierbei handelt und daß auch schon manche Organisationsversuche gemacht worden sind. Aber die schon lange von Praktikern aufgestellte Forderung, daß die Kriminalpolizei in Großstadtverbänden wie Berlin zentralisiert werden müsse, wenigstens, soweit die Bekämpfung des berufsmäßigen Verbrechertums dabei vor allem in Betracht kommt, ist bis jetzt noch nicht in Angriff genommen worden [8]).

Wenn die Bestrebungen, für Groß-Berlin z. B. ein gemeinsames Einwohnermeldeamt zu schaffen, einem langgefühlten Bedürfnis entsprechen und in ihrem Ziel schon sehr weit gediehen sind, so müßte dies in noch viel höherem Grade für die Schaffung einer zentralisierten Kriminalpolizei für Groß-Berlin zu erwarten sein. Die Vorteile einer solchen Vereinheitlichung liegen für jeden Praktiker auf der Hand und brauchen nicht mehr im einzelnen aufgezählt zu werden. Nur eins muß noch betont werden, daß nämlich Organisationsverschläge nicht von einzelnen damit beauftragten Beamten, die der Praxis mehr oder weniger fremd gegenüberstehen, ausgehen dürfen, sondern

[8]) Auch in der obenerwähnten Denkschrift der Kriminaloberwachtmeister und Wachtmeister in Berlin ist diese Forderung von neuem wieder aufgestellt worden.

von besonderen Kommissionen, der in erster Linie Praktiker aus allen interessierten Beamtengruppen einer Behörde angehören sollen, deren gemeinsame Beratungen viel eher zu einem alle Interessen möglichst berücksichtigenden, brauchbaren Ergebnisse führen würden.

Wie in einem engeren Kreise von sachverständigen Praktikern, Behördenorganisationen, so müssen auch in erweitertem Sachverständigenkreise alle jene Polizeifragen durchberaten werden, die sich, wie z. B. die Frage der Reichs- oder Landeskriminalpolizei [9]), über weitere Gebiete des Staates erstrecken sollen. Die gleiche Forderung muß aber auch für alle wissenschaftlichen und technischen Berufsfragen aufgestellt werden, über die in regelmäßig wiederkehrenden Polizeikonferenzen nur berufene Polizeipraktiker zu beraten und zu beschließen hätten. Die deutschen Polizeikonferenzen in Berlin 1912 und in Wiesbaden 1913 haben wohl ein umfangreiches Material zusammengetragen und durchberaten, auch wichtige Beschlüsse gefaßt, die aber bis heute, wie schon oben gesagt, noch keine greifbare Gestalt angenommen haben. Die Durchführung ihrer Beschlüsse durch die Bundesregierungen muß, sobald es der Neuaufbau unserer Staaten ermöglicht, dringend gefordert werden, wenn wir fortschrittliche Staatseinrichtungen besitzen wollen.

---

[9]) Für eine solche Zentralisierung ist neuerdings auch Dr. Lindenau in Groß' Archiv 70 191 ff. eingetreten.

Die Strafverfügung des Gerichtsherrn[1].

Von Professor Dr. Friedrich Oetker, Würzburg.

I.

Die Strafverfügung des Gerichtsherrn[2]) und der Strafbefehl des Amtsrichters sind nur für eine äußerliche Betrachtung wesensgleiche Bildungen. Es besteht zwischen ihnen tiefgreifende Verschiedenheit.

1. Die Strafverfügung will einen Vollstreckungstitel gegen den Beschuldigten schaffen ohne vorgängiges Hauptverfahren und Urteil. Diese Bestimmung hat auch der Strafbefehl. Während aber der Strafbefehl auf Antrag der Staatsanwaltschaft erlassen wird, ohne daß es zuvor richterlicher Ermittelungen bedürfte, deren Zulässigkeit allerdings nicht zu bezweifeln ist, ergeht die Strafverfügung des Gerichtsherrn regelmäßig nach vorausgegangenem Ermittelungsverfahren, § 349 MStGO. (abschließend mit Vernehmung des Beschuldigten über das Ergebnis der Ermittelungen, § 173 Abs. 5). Bei einfach liegenden Sachen genügt statt dessen die Feststellung durch den Disziplinarvorgesetzten, § 156, und im Felde und an Bord ist das Ermittelungsverfahren tunlichst einzuschränken und zu beschleunigen und braucht

---

[1]) Die Gesamtregierung des Volksstaates Bayern hat durch Verordnung vom 16. November 1918 die gerichtsherrlichen Befugnisse aufgehoben und auch sonst einschneidende Änderungen an der MStGO. vorgenommen. Diese Bestimmungen entbehren der Rechtsgültigkeit. Nur die legitime Reichsgewalt kann ein Reichsgesetz abändern.

Von Strafverfügungen ist in der Verordnung nicht die Rede, ihr Wegfall wohl sicher nicht beabsichtigt. Die Befugnisse der Gerichtsherren sollen nach der Ver. Ziff. 9, soweit nicht anders bestimmt ist, durch die »Gerichte« ausgeübt werden. Zum Erlasse von Strafverfügungen aber eignen sich unständige Gerichte nicht.

Auf die bedenklichen Seiten des gerichtsherrlichen Instituts nach der MStGO. (und auf andere arge Mißgriffe des Gesetzgebers, wie die Verdrängung der Unteroffiziere und Soldaten aus den Gerichten) habe ich dem Entwurf gegenüber in meiner Schrift »Gericht, Gerichtsherr, Verteidigung« (Leipzig 1898) warnend hingewiesen. Aber nur auf reichsgesetzlichem Wege ist Besserung anzustreben, gegen den Erlaß ungültiger partikulärer Verordnungen muß entschieden Verwahrung eingelegt werden.

Eine Abschaffung der Strafverfügungen wäre keineswegs zu wünschen, und es wird dazu auch gewiß nicht kommen. Es kann sich nur fragen, von welcher Seite sie künftig — nach etwaiger gesetzlicher Beseitigung der Gerichtsherren — erlassen werden sollen. Eine Änderung in dieser Richtung würde die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchungen des Textes ganz unberührt lassen.

[2]) »Strafverfügung« ohne Zusatz bedeutet die Strafverfügung des Gerichtsherrn. Die Strafverfügung im Sinne der §§ 453 ff. StPO. wird »polizeiliche« Strafverfügung genannt.

nicht schriftlich zu sein, § 170. Zunächst sei von diesen Besonderheiten abgesehen.

Das Ermittelungsverfahren der MStGO. ist rein inquisitorisch. Das Richteramt hat zugleich die Aufgaben der Strafverfolgung und der Verteidigung, der Belastung und Entlastung; Parteien gibt es nicht. Unter der Leitung des Gerichtsherrn führt ein Inquirent, ein jenem zugeordneter Kriegsgerichtsrat oder Gerichtsoffizier, die Untersuchung. Hat sich in diesem Verfahren gegen den Beschuldigten »hinreichender« Verdacht einer strafbaren und militärgerichtlich verfolgbaren Handlung ergeben, so wird vom Gerichtsherrn, sofern nicht Disziplinarbestrafung eintritt oder eine Strafverfügung erlassen wird, durch Anklageverfügung das Hauptverfahren eröffnet, § 250. Demnach setzt die Strafverfügung zweifellos Tatverdacht voraus, während dieses Erfordernis für den Strafbefehl nicht besteht. Die Bestimmung des Verdachtsmaßes, ob es für Straf- und Klagverfügung gleich zu begrenzen ist oder die erstere ein Mehr an Verdacht voraussetzt, bleibt vorbehalten (unten V 2).

Erlangung der Urteilswirkung und Beseitigung des Dekrets durch Einspruch sind dem Strafbefehl gegenüber gleichgeordnete Formen der Erledigung. Mit Begründetheit der Strafverfügung des Gerichtsherrn und ihrem Erwachsen in Rechtskraft hingegen wird in erster Linie gerechnet; Einspruchserhebung ist eine Eventualität, nicht eine jenem Ausgang gleichstehende Alternative.

Der Strafbefehl reproduziert auf Grund summarischer Schuldprüfung die Schuldbehauptung der Staatsanwaltschaft, enthält nicht selbst eine Schuldbejahung [3]). Der Befehl besagt nicht, der Betroffene sei der Straftat verdächtig, sondern, er werde auf die Beschuldigung der Staatsanwaltschaft hin, sie begangen zu haben, in bestimmte Strafe genommen, sofern er sich bei dieser Sachbehandlung beruhige. Im Befehl wird für den Fall, daß die Schuld bestehe, die Subsumtions- und Straffrage provisorisch gelöst, unter dem Vorbehalte, daß nicht der Betroffene durch Einspruch die Feststellung der Schuld-, Subsumtions-, Straffrage herbeiführe [4]). Die Strafverfügung des Gerichtsherrn hingegen ist provisorische Entscheidung auf Verdacht hin.

Der Zahlungsbefehl im Mahnverfahren, das zivilprozessuale Vorbild des Strafbefehls, bringt die bestehende Alternative, Produktion eines Vollstreckungstitels in Ermangelung freiwilliger Leistung, Herbeiführung eines Prozesses durch Einspruch des Betroffenen, zu bestimmtem Aus-

[3]) Gegenteilig Bennecke-Beling S. 658 (die volle Schuldüberzeugung des Amtsrichters sei erforderlich wie beim Urteil).

[4]) Der Rechtsauffassung des Textes entspricht durchaus das Formular: »auf den Antrag der Staatsanwaltschaft wird gegen Sie wegen der Beschuldigung usw. eine Strafe von . . . festgesetzt« usw. Vgl. Vierhaus, Formularbuch Nr. 115. Dagegen enthält das Formular der Strafverfügung nach MStGO. die Behauptung der Verübung.

druck. Dem Schuldner wird aufgegeben, binnen bestimmter Frist bei Meidung der Vollstreckung den Gläubiger zu befriedigen oder, wenn er Einwendungen gegen den Anspruch habe, bei dem Gerichte Widerspruch zu erheben, § 692 ZPO. Dagegen tritt in den Fassungen von Strafbefehl und Strafverfügung die Alternativität der Auflagen dort, ihr Eventualverhältnis bei diesem Dekrete nicht hervor; es heißt beide Male nach Festsetzung der Strafe in dem Befehl, der Verfügung, daß das Dekret vollstreckbar werde, wenn nicht der Beschuldigte Einspruch erhebe, §§ 449 StPO., 351 MStGO. Das Gefühl, daß jene alternative Bestimmung dem Wesen des Strafprozesses widerstreitet, der Strafbefehl ein Fremdkörper in der Strafprozeßordnung ist, hält den Gesetzgeber davon zurück, die Karten aufzudecken.

2. Bleibt die Strafverfügung unangefochten, so ist ein Urteilsäquivalent das Ergebnis des inquisitorischen Ermittelungsverfahrens. Dem Urteil selbst hingegen ist immer außer diesem Verfahren das akkusatorische Hauptverfahren vorangegangen. In dem Ausfall dieses Prozeßabschnitts liegt der summarische Charakter des Strafverfügungsverfahrens. Die »Summarietät« ist dabei im Sinne Wetzells verstanden; Brieglebs gegenteiliger Begriff vom summarischen Prozeß paßt in der Tat nur auf bestimmte Verfahrensarten [5]). Ein infolge Einspruchs anzuordnendes Hauptverfahren verläuft mit einigen Besonderheiten als Ordinarverfahren.

3. Der Strafbefehl ist Versuch, einen Vollstreckungstitel ohne Prozeß zu erlangen; das Verfahren wird nicht durch den Zweck der Tatbestandsnormierung, sondern der Tatbestandsgestaltung beherrscht; etwaige Ermittelungen des Amtsrichters haben nur inzidente Bedeutung. Dem Muster des Mandatsverfahrens entsprechend ist das Strafbefehlsverfahren theoretisch richtig als ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu bezeichnen [6]).

Zutreffende Einordnung von Prozeduren unter die streitige, freiwillige Gerichtsbarkeit setzt voraus, daß sie als Zweckeinheiten erfaßt werden; der bestimmende Zweck »Tatbestandsgestaltung« weist ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu. Verfahren, die ihrem Wesen nach auf Tatbestandsänderung, Neubildung, Umbildung eines Tatbestandes, gerichtet sind, gehören, soweit sie in die gerichtliche

[5]) Die beiden Begriffe sind als Spezies in dem gemeinsamen Oberbegriff »materielle Unvollständigkeit der richterlichen Ermittelung« enthalten. Streit um die Alleinherrschaft des einen, des anderen Begriffs ist mißverständlich.

Das preuß. Gesetz über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851 § 13 Ziff. 5 spricht von »summarischer Erklärung des Beschuldigten«, das bayer. StGB. von 1813 Art. 449 Ziff. 2 (dazu Minist.-Bekanntmachung vom 13. März 1913 § 30) von dem »summarischen« standrechtlichen Verfahren.

[6]) Oetker, Strafprozeßbegründung und Strafklageerhebung (1900) S. 48 Anm. 72.

Zuständigkeit fallen, immer dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit an. Es ist schon nach geltendem Rechte zu eng, diesen Verfahrenszweig als die verwaltende Tätigkeit des Staates auf dem Gebiete der Privatrechtsordnung zu bezeichnen. In erhöhtem Maße wird sich die Definition gegenüber dem Rechte der Zukunft als unzulänglich erweisen. Die Verbrechensprophylaxe, die wir so dringend brauchen, kann zu gutem Teile nur gedeihen, wenn sie als Aufgabe der freiwilligen Gerichtsbarkeit gefaßt wird.

Die Grundidee des Strafbefehlsverfahrens ist Tatbestandsänderung, das Ziel der Gewinn eines Vollstreckungstitels; die summarische Schuldprüfung durch den Richter — als Voraussetzung für die Wiedergabe der Schuldbehauptung des Staatsanwalts, nicht eigener Schuldbejahung — enthält nur eine inzidente Dezision, wie solche im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sehr häufig vorkommen, nicht ist sie wesensbestimmend.

Rechtspolitisch freilich stehen dieser Anlage des Strafbefehls starke Bedenken entgegen. Es ist bestimmungswidriger Gebrauch der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn man sie dem Bestrafungszwecke dienstbar macht.

Die Strafverfügung hingegen als Entscheidung auf Verdacht hin steht ganz unter dem Gesichtspunkte summarischer Tatbestandsnormierung. Tritt an Stelle des vorgängigen normalen Ermittelungsverfahrens bloße Feststellung durch den Disziplinarvorgesetzten, die auch in Einreichung eines Tatberichts, § 153 Abs. 2, liegen kann, oder wird im Felde, an Bord ein schleuniges Ermittelungsverfahren gepflogen, so wandelt sich das summarium zu einem summariissimum.

4. Die Strafverfügung ist nicht alsbald fertiger, sondern werdender Vollstreckungstitel. Nur antezipierend kann man sie gleich mit ihrem Erlaß »Vollstreckungstitel« nennen. Die Entwicklung zum perfekten Titel vollzieht sich durch Zeitablauf nach der Zustellung (dem Erlasse), es müßte denn Einspruch des Betroffenen das Werden verhindern.

Das Gesetz präsumiert nicht, der Betroffene sei schuldig und gerade in dem Maße schuldig, wie es der Strafbestimmung in der Verfügung entspreche, wenn Einspruch unterblieben ist. Das wäre ja auch, da es Gegenbeweis nicht gäbe, praesumtio juris et de jure, also materieller Rechtssatz in prozessualem Gewande. Es würde — unter der angegebenen Voraussetzung — neben die Strafbarkeit des Schuldigen die des Nichtschuldigen, vermittelt durch unwiderlegliche Präsumtion, gesetzt. Vielmehr ist die Erwägung, der Nichtschuldige, der Minderschuldige sei veranlaßt, sich gegen die Strafverfügung zu wehren, und werde es in seinem Interesse auch tun, nur ein Motiv des Gesetzgebers für die Zulassung von Strafverfügungen. Die Unterlassung des Einspruchs gilt dem Gesetze als ein Indiz für die Begründetheit der Straf-

festsetzung, bei dem es sich beruhigen zu können glaubt. Nur von praesumtio facti, nicht juris, kann gesprochen werden. Ein anderer Ausdruck dieser Rechtslage ist: der Betroffene begibt sich durch Versäumung des Einspruchs seines Verteidigungsrechts.

Die Strafrechtspflege, die militärische und die bürgerliche (Strafbefehl), sanktioniert insoweit, wie es auch im Mahnverfahren des Zivilprozesses der Fall ist, ganz unbestreitbar das Abwehrprinzip an Stelle von Einlassungspflicht.

5. Mit Recht läßt die MStGO. Strafverfügungen nur bei Übertretungen zu. Auf dem Gebiete des Polizeiunrechts spielt das Schuldmoment, wenn auch diese Kontraventionen keineswegs schuldfreie Tatbestände sind, doch nicht die gleiche Rolle wie bei kriminellen Delikten. Polizeistrafe und Kriminalstrafe sind wesentlich verschiedene Reaktionen. Man legt im Polizeiunrecht gröbere Maßstäbe an, verzichtet öfters notgedrungen auf feinere Schuldprüfung. Der Zweck der Polizeistrafrechtspflege, Erhaltung der öffentlichen Ordnung durch schleuniges, energisches Eingreifen, bringt diese Behandlung im Gegensatz zur Kriminaljustiz mit sich. Die geschichtliche Entwicklung dient durchaus zur Bestätigung.

Allerdings ist sehr in Frage zu ziehen, ob die Übertretungen im Sinne des geltenden Rechts sich materiell durchaus mit den Polizeiübertretungen decken. Solange es aber nicht gelungen sein wird, dem Polizeiunrecht die zutreffende gesetzliche Begrenzung gegenüber dem Strafrechte zu geben, müssen die als »Übertretungen« bezeichneten und geahndeten Tatbestände mit echten Polizeidelikten als identisch genommen werden.

So ist es ein entschiedener Vorzug der MStGO., daß Vergehen nicht strafverfügungsfähig sind, während StPO. § 447 Strafbefehle auch bei einem Teile von ihnen kennt.

Ebenso verdient Beifall, daß in der MStGO. der Strafverfügung ein Ermittelungsverfahren vorangeht, das Dekret als Strafentscheidung — auf Verdacht hin — gestaltet, nicht dem Strafbefehl entsprechend unter Anleihe beim Rechte der freiwilligen Gerichtsbarkeit und unter Abstandnahme von Schuldbejahung die Verfügung in den Dienst der Tatbestands ä n d e r u n g gestellt ist.

Der Weg der Strafverfügung bei Übertretungen empfiehlt sich aus Zweckmäßigkeitsgründen: es wird Bestrafung des Schuldigen erzielt unter Vermeidung des umständlichen Strafverfahrens, freilich auch die Möglichkeit in Kauf genommen, daß der Nichtschuldige, aus Lässigkeit oder aus Scheu vor den Unbequemlichkeiten einer Hauptverhandlung, die Verfügung unangefochten läßt; im Interesse des militärischen Dienstes liegt es, Hauptverhandlungen, die immer eine Mehrheit von Offizieren den normalen militärischen Funktionen zeitweise entziehen, neben Be-

anspruchung weiterer Militärpersonen als Zeugen, Beschuldigte usw., wegen geringfügiger Verfehlungen möglichst zu vermeiden. Gewiß kann ja auf Grund der gepflogenen Ermittelungen das Maß der Strafe dem Maße der Schuld weniger sicher angepaßt werden als nach einer Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung, aber bei Polizeiübertretungen ist diese Angleichung nicht ebenso Bedürfnis und im Grunde auch nicht in gleicher Weise durchführbar als dem kriminellen Unrecht gegenüber; Polizeistrafe und kriminelle Vergeltungsstrafe sind verschiedene Reaktionen. Durchschnittlich wird mit einer Strafbemessung, die der Gerichtsherr an der Hand der Ermittelungen für sicher nicht zu hoch und für vermutlich nicht zu gelinde erachtet hat, das Richtige getroffen sein. Hinter den Vorteilen der Einrichtung treten so die anhaftenden Mängel zurück.

Polizeiliche Zuständigkeit zum Erlasse von Strafverfügungen statt gerichtlicher — über den Rahmen des geltenden Rechts (§ 2 MStGO. und Landesgesetze) hinaus — zu schaffen [7]), wäre das Gegenteil einer Verbesserung.

6. »Strafverfügungsverfahren« ist, im weiteren Sinne verstanden, zusammenfassender Ausdruck für das mit dem Erlasse einer gerichtsherrlichen Strafverfügung abschließende Verfahren und ein nachfolgendes, durch Einspruch bedingtes Hauptverfahren. Von einem ergebnislosen, weil zu einer Strafverfügung nicht führenden »Strafverfügungsverfahren« kann man nicht sprechen, da das Ermittelungsverfahren keineswegs ausschließlich dem Erlasse einer Strafverfügung dient, vielmehr auch mit Anklageverfügung, Einstellung enden kann. »Strafverfügungsverfahren« im engeren Sinne ist lediglich das die Strafverfügung ergebende, in den Ermittelungen und dem Erlasse der Verfügung bestehende Verfahren; die Vollstreckung der unanfechtbar gewordenen Verfügung ist ein Verfahren für sich, wie denn der Prozeß im Rechtssinne immer mit der Rechtskraft des Urteils (Urteilsäquivalent) abschließt, nicht fortdauert bis zur Abbüßung der Strafe (oder dem Tode des Verurteilten im Kerker). Das an den Verfügungserlaß infolge Einspruchs sich anschließende Hauptverfahren fällt nicht mit unter das »Strafverfügungsverfahren« in seiner eigentlichen Bedeutung.

Diese beiden Verfahren sind in der MStGO. §§ 349 ff. unter der Rubrik »Strafverfügung« vereinigt.

II. Erlaß der Strafverfügung. Rechtshängigkeit.

1. Dem Erlasse einer Strafverfügung können Bedenken rechtlicher oder tatsächlicher Art entgegenstehen: Zweifel über die Anwendung des Strafgesetzes, über die Zuständigkeit, die Zulässigkeit einer Straf-

[7]) Dafür Autenrieth, Militärgerichtl. Strafverfügung in Steidle, Mil.-rechtl. Studien, S. 69, 70.

verfügung, über das Schuldmaß und das dadurch bedingte Strafmaß usw. Weitere Ermittelungen beheben vielleicht den Anstand, oder es empfiehlt sich, nach deren Vornahme oder alsbald eine Klagverfügung zu erlassen, um auf der verlässigeren Grundlage der Hauptverhandlung über Schuld-, Subsumtions-, Straffrage zu befinden; ergibt sich Mangel einer Prozeßvoraussetzung, oder rechtfertigen weitere Erhebungen nicht mehr die Annahme hinreichenden Verdachts, so ist das Verfahren einzustellen (§ 245 MStGO.). Das Gesetz, § 349 Abs. 3, reprobiert den Erlaß einer Strafverfügung insbesondere dann, wenn Bedenken gegen die Festsetzung der Strafe innerhalb der einer Strafverfügung gesteckten Grenzen bestehen.

Es ist Sache des zugeordneten Kriegsgerichtsrats, Gerichtsoffiziers, den Gerichtsherrn in diesen Richtungen zu beraten [8]). Da es für die Strafverfügung schlechthin der Mitunterschrift des Zugeordneten bedarf, § 349 Abs. 1 Satz 2, so ist der Gerichtsherr zum einseitigen Erlasse einer solchen außerstande. Die Frage der rechtlichen Zulässigkeit kann aber im Wege des § 97 zur Beurteilung des Oberkriegsgerichts verstellt werden, wenn Vorstellung des Zugeordneten gegen den beabsichtigten Verfügungserlaß nicht zum Ziele geführt hatte. Ergeht diese Rechtsweisung gegen den Zugeordneten, so ist er nun dienstlich verpflichtet, nach dem Willen des Gerichtsherrn die Verfügung zu zeichnen.

Von näherer Bestimmung des Verhältnisses zwischen dem Rechtsanfechtungsverfahren des § 97 und dem Strafverfügungserlaß, der Vorstellung des Zugeordneten und dem Einspruch des Betroffenen gegen die Strafverfügung muß abgesehen werden, da sich diese Fragen nur auf Grund eingehender Erwägung der eigenartigen Konfliktserhebung gemäß § 97 lösen lassen.

Ermessensfragen, wie die Beurteilung des hinreichenden Verdachts und die Strafzumessung, stehen nicht zur Kognition des Oberkriegsgerichts. Der Gerichtsherr soll Bedenken des Zugeordneten gegen Bemessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Verfügungsstrafgrenzen berücksichtigen, indem er weitere Aufklärung eintreten läßt usw., aber der Zugeordnete darf nicht deshalb die Unterzeichnung der Verfügung ablehnen, da dieser Punkt nicht Konfliktserhebung begründet.

Der Gerichtsherr erläßt die Strafverfügung in gerichtsbarkeitlicher Befugnis. Da er in seinem richterlichen Handeln grundsätzlich von Weisungen des höheren Gerichtsherrn unabhängig ist, soweit nicht positive Bestimmung entgegensteht, kann er zum Erlasse einer Strafverfügung nicht angewiesen werden, denn § 24 MStGO. schließt diesen

[8]) Natürlich auch in betreff der Strafhöhe, so daß die Bedenken des § 349 Abs. 3 solche lediglich des Zugeordneten sein können, die der Gerichtsherr nicht teilt. Vgl. Rissom, Arch. f. Strafrecht 53 245.



Fall nicht ein (wohl muß er, einem Staatsanwalte entsprechend — § 147 GVG. — auf Weisung hin Klage erheben).

2. Der Erlaß der Strafverfügung liegt in der Zustellung an den Beschuldigten, § 350.

Eine Bestätigungsorder ergeht nicht, §§ 417, 450 MStGO.

Solange nicht zugestellt ist, kann der Gerichtsherr die Strafverfügung, weil sie noch nicht Prozeßtatsache geworden ist, noch zurückziehen, ihre Zustellung inhibieren, möchte auch der Zugeordnete sie bereits mitgezeichnet haben. Urheber im Rechtssinne und damit verfügungsberechtigt ist der Gerichtsherr allein; der Zugeordnete hat nur die Stellung eines Gehilfen, allerdings eines notwendigen, weil es zur Rechtsgültigkeit der Verfügung seiner Mitunterschrift bedarf.

Die Zustellung geschieht in der regelmäßigen Form (§§ 139, 141, 142). Zustellung durch Aufgabe zur Post, § 142 Abs. 2, fällt fort, weil mit der Zustellung der Lauf einer Frist beginnt.

Während Strafbefehl gegen einen Abwesenden an sich in demselben Maße zulässig ist wie Hauptverhandlung (doch verbietet sich der Weg der öffentlichen Zustellung des Strafbefehls und es kommt dafür nur die Befolgung der für Zustellung im Auslande bestehenden Vorschriften, §§ 320 StPO., 199 ZPO. in Betracht), wird Strafverfügungserlaß durch Abwesenheit des Beschuldigten ebenso schlechthin ausgeschlossen wie eine Hauptverhandlung, § 357 [9]).

3. Geht dem Erlasse der Strafverfügung, wie es die Regel ist, ein Ermittelungsverfahren voraus, so ist mit der Anordnung dieses inquisitorischen Verfahrens Rechtshängigkeit begründet. Es darf nun die Strafsache nicht anderweit anhängig gemacht werden; es darf folgeweise ein Ermittelungsverfahren nicht angeordnet werden, wenn Anhängigkeit — in einem Ermittelungs- oder Hauptverfahren — bereits besteht. Andernfalls würde es dem später eingeleiteten Verfahren an einer Prozeßvoraussetzung fehlen.

Wird hingegen in einfach liegender Sache auf Grund bloßer Feststellung durch den Disziplinarvorgesetzten Strafverfügung erlassen, § 156 Abs. 2 MStGO., so knüpft sich erst an diesen Akt Rechtshängigkeitswirkung an.

Ein positivrechtlicher Beweis der Rechtshängigkeit infolge Einleitung des Ermittelungsverfahrens liegt in dem Kompetenzvorzuge, den nach § 30 MStGO. unter mehreren zuständigen Gerichtsherren derjenige erhält, der zuerst dieses Verfahren angeordnet hat; Grundlage der Bevorzugung ist hier die durch den Verfügungserlaß begründete Rechtshängigkeit.

Von der einfachen Rechtshängigkeit als Hinderungsgrund für abermalige Verfolgung des Strafanspruchs ist die qualifizierte,

[9]) Übereinstimmend Autenrieth S. 47, 48.

mit der bedeutsame positive Wirkungen sich verknüpfen, zu unterscheiden. Diese tritt im Ordinarverfahren mit der Klagerhebung — Bekanntmachung der Anklageverfügung an den Beschuldigten — ein, §§ 259, 258 MStGO., fixiert die Zuständigkeit gemäß § 259 und zieht weiter die Rechtsfolgen der §§ 10 Abs. 2, 32 Abs. 2 und 3, 33 Abs. 2, 34 Abs. 3 und 4, 260, 272, 329, 451 nach sich. Der Anklageerhebung wird Zustellung einer Strafverfügung gleichgestellt, § 259; mit vollem Rechte, denn die letztere führt entweder zu einem Urteilsäquivalent oder, im Falle des Einspruchs, zum Hauptverfahren, wobei sie die Bedeutung der Klage erhält.

Ergeht die Strafverfügung nach bloßer Tatfeststellung durch den Disziplinarvorgesetzten, so beginnen einfache und qualifizierte Rechtshängigkeit gleichzeitig.

Die Rechtshängigkeit endet mit formeller Rechtskraft der Strafverfügung, § 353 MStGO., sei's, daß Einspruch nicht erhoben, sei's, daß er abgewiesen wurde; mit rechtskräftigem Urteil auf Einspruch hin [10]). Mit Rücknahme des Einspruchs nicht, denn es bewendet dann bei der Strafverfügung. Ob es eine Rücknahme der Strafverfügung gibt, bleibt späterer Untersuchung vorbehalten; insofern muß die Rechtshängigkeitsfrage noch offen bleiben.

Soweit dem Gerichtsherrn Klagrücknahme noch zusteht, § 272 MStGO., hat Bekanntgabe der Anklageverfügung die an sich damit verknüpften Rechtshängigkeitswirkungen nur unter diesem Vorbehalt. Die Widerruflichkeit der Klage gilt entsprechend im Hauptverfahren nach vorgängiger, mit Einspruch angefochtener Strafverfügung [11]). Der Vorbehalt erledigt sich mit dem Beginne der Hauptverhandlung, bei einer Mehrheit solcher mit dem Beginne der ersten [12]).

4. Während für die Gerichtsunterworfenheit im Militärstrafprozeß regelmäßig organisatorische Anordnung entscheidet, wird aushilflich gemäß § 30 MStGO. eine örtliche Beziehung der Strafsache — Aufenthalt des Beschuldigten, Begehungsort im Bezirke eines Gerichtsherrn — für die personelle Zuständigkeit bestimmend. Es hat dann nach § 30 Abs. 2 unter mehreren zuständigen Gerichtsherren derjenige den Vorzug, welcher den Beschuldigten verhaftet oder zuerst das Ermittelungsverfahren angeordnet hat. In diesen engen Grenzen gibt es einen Kompetenzvorzug durch Prävention — vgl. damit die durchgreifende Bestimmung in § 12 StPO. —, angeknüpft an den Beginn der Rechtshängigkeit (oder den Erlaß eines Haftbefehls). Der Erlaß der

---

[10]) Und mit Einstellungsbeschluß in der Hauptverhandlung; vgl. darüber unten VIII 3 a.

[11]) Vgl. unten VI 5.

[12]) Entsprechend der Präklusion für die Klagrücknahme nach § 451 StPO.; vgl. Oetker, Strafprozeßbegründung, S. 45 Anm. 65. Die Literatur zu § 272 bei Romen-Rissom Bem. 6.

Strafverfügung kommt hierfür nur in Betracht, wenn ein Ermittelungsverfahren nicht vorangegangen war; im bürgerlichen Strafprozeß, dem das inquisitorische Ermittelungsverfahren der MStGO. fremd ist, wirkt gerade der Strafbefehlserlaß Kompetenzvorzug in Analogie des § 12 (»Eröffnung der Untersuchung«).

5. Daß durch Strafverfügung die Verjährung unterbrochen wird, ist gewiß. Ganz regelmäßig aber ist Unterbrechung bereits vorangegangen, da Anordnung des Ermittelungsverfahrens diese Wirkung hat (§ 10 EG. zu MStGO.; die Anordnung ist richterliche Handlung des Gerichtsherrn, nicht einer solchen nur gleichgestellt, wie es nach dem Wortlaut des § 10 scheinen möchte).

III.

Eine Strafverfügung kann mehrere Strafansprüche betreffen. Das ist besonders einleuchtend bei idealer Konkurrenz, da hier eine Bestrafung nach einem Gesetz erfolgt.

Da nur Haft- und Geldstrafen (sowie Einziehung) verhängt werden können und bei einem Zusammentreffen solcher Strafen nicht Gesamtstrafe, sondern Strafenhäufung eintritt, §§ 74, 77, 78 StGB., so ist die für Strafbefehle bestehende Streitfrage[13]), ob die dem Dekret gesetzte Strafgrenze nur auf die Einzelstrafen oder auch auf die Gesamtstrafe sich erstreckt, gegenstandslos.

Im Falle der Strafenhäufung darf keine einzelne Strafe die Verfügungsgrenze überschreiten, für die Summe der Strafen gelten an sich nur die Beschränkungen des Strafgesetzes (§§ 77, 78 StGB.). Jedoch ist mit dem Höchstmaß von 6 Wochen Freiheitsstrafe, an das bei realer Konkurrenz das Standgericht gebunden ist, § 47 MStGO., auch der Gerichtsherr in seiner Strafverfügung wegen entsprechender (standgerichtlicher) Delikte gebunden[14]).

In solchem Falle kann auch die eine Übertretung mit Haft, die andere mit Geldstrafe belegt werden[15]).

Eine die mehreren Strafen aussprechende Strafverfügung ist materiell ein Komplex von solchen, wie denn ebensowohl gesonderte Verfügungen ergehen könnten, die zwar jede für sich, aber nicht in ihrer Gesamtheit an die Verfügungsgrenze gebunden wären. Einspruch steht gegen jede Teilstrafverfügung zu, und jede kann selbständig vollstreckt werden.

Wenn im Falle getrennter Verfügungen die Summe der auf die real konkurrierenden Delikte gesetzten Strafen das strafgesetzliche Höchst-

[13]) Literatur bei Löwe-Rosenberg § 447 Bem. 2a.

[14]) Ein regelmäßig übersehener Punkt!

[15]) Übereinstimmend Löwe-Rosenberg a. a. O.; Romen-Rissom zu § 349 Bem. 8b. A. A. Binding, Grundriß § 112 III; Bennecke-Beling S. 657 Anm. 5.

maß, §§ 77 Abs. 2 StGB., 47 MStGO., übersteigt, so ist in Analogie des § 461 MStGO. (spricht nur von rechtskräftigen Urteilen und Nichtwahrung der Vorschriften über Zuerkennung einer Gesamtstrafe) durch nachträgliche Entscheidung die gebotene Reduktion herbeizuführen [16]. Auch ein Übermaß der Ersatzhaftstrafen, § 78 Abs. 2 StGB. mit § 47 MStGO., wäre auf gleichem Wege zu beseitigen. An Stelle der Gerichte treten dabei die Gerichtsherren. Das Gesetz weist die Reduktion einem der Organe zu, die ursprünglich entschieden haben, und es liegt kein stichhaltiger Grund vor, davon abzuweichen. Es bedarf für diese nachträgliche Entscheidung nicht der Garantie, die ein erkennendes Gericht gerichtsherrlicher Kognition gegenüber bietet. Anhörung eines Anklagevertreters vor der Entscheidung kommt dann freilich nicht in Betracht, wohl des Verurteilten, § 461 Abs. 3, dem auch allein die Rechtsbeschwerde nach Abs. 4 zusteht.

Für alle Deliktseinheiten, fortgesetzte, Kollektivdelikte, ist der materiellen Rechtslage gemäß e i n e Strafverfügung zu geben. Werden indes für verschiedene Akte der Reihe getrennt Strafverfügungen erlassen, so fragt sich, ob nach den Tatindividualisierungen in den Verfügungen die Annahme realer Konkurrenz zwischen den Einzelakten sich ermöglicht oder nicht. Wenn nein, so steht fest, daß über einen einheitlichen Strafanspruch seiner Unteilbarkeit zuwider Teil-Sachentscheidungen ergangen sind. Die Folge ist absolute Nichtigkeit der Verfügungen, entsprechend der Ungültigkeit von Teilurteilen bezüglich eines und desselben Strafanspruchs. Wenn ja, so ist nicht prozessual unzulässig verfügt, vielmehr die Rechtslage materiell unrichtig erfaßt worden, indem es an der vorausgesetzten Mehrheit selbständiger Handlungen in Wahrheit fehlt [17].

Beim Zusammentreffen einer Übertretung mit einem Vergehen kann für jene Straf-, für dieses Anklageverfügung erlassen werden [18].

IV. Rechtskraft der Strafverfügung.

Eine Strafverfügung, gegen die nicht rechtzeitig Einspruch erhoben worden ist, erlangt die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils, § 353 MStGO. Auch Verzicht auf den Einspruch und dessen Zurücknahme stellen die Unanfechtbarkeit der Verfügung her. Die Bestätigungsorder, wie sie für Urteile erfordert wird, fällt bei Strafverfügungen fort, §§ 416, 417.

[16]) Vgl. für das Zivilstrafverfahren auch Olshausen-Zweigert zu § 79 StGB. Bem. 19; Löwe-Rosenberg zu § 492 StPO. Bem. 3.

[17]) Vgl. meine Ausführungen im Rechtsgang 1 35 ff.

[18]) Es ist mißverständliche Wortauslegung (»Betrifft die Beschuldigung lediglich eine Übertretung«, Eingang des § 349 Abs. 1 MStPO.), wenn Prüf.-Ergebnis 3 49 hier nur gemeinsames Urteil zuläßt. Richtig Autenrieth S. 12 ff.

1. Die Rechtskraft hat die Heilung aller heilbaren Mängel der Strafverfügung zur Folge. An der Ungültigkeit aber kann sie nichts ändern. Die Strafverfügung bleibt ungültig, wenn die Vollmacht zum Urteile oder doch zum Strafbefehlserlasse gefehlt hat.

2. Um die Tragweite der Rechtskraftwirkung zu bemessen, muß zunächst die Bedeutung der Urteilsrechtskraft geprüft und dann erwogen werden, ob etwa Gründe vorliegen, die gesetzliche Gleichstellung von Strafverfügung und Urteil in bestimmten Beziehungen zu durchbrechen.

a) Das Urteil ergreift die Tat der Klage in der Gestalt, die sie nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung angenommen hat, § 317 MStGO. Ob die Normierung richtig, erschöpfend ausgefallen ist oder nicht, kommt nur für die Wahrheit, nicht für die bindende Kraft des Urteils in Betracht. Der Umfang der Rechtskraft ergibt sich mit richtiger Begrenzung des als normiert zu erachtenden Tatbestandes.

Das Substrat der Normierung ist nicht lediglich der Strafanspruch (die Strafansprüche), den der Kläger aus dem klagend geltend gemachten Tatbestande abgeleitet hat, sondern dieser Tatbestand selbst. Das Gericht hat unabhängig von den Darlegungen des Klägers zu prüfen, welche Strafansprüche in dem Klagtatbestande enthalten sind. Jeder nicht festgestellte Anspruch ist dem Kläger aberkannt. Es müßte denn ein Stück des Tatbestandes, das der Kläger als selbständige, real konkurrierende Verbrechenshandlung qualifiziert hat, ungeprüft geblieben sein (oder die Klage einem Angeklagten gegenüber nicht erledigt worden sein). Dann wäre die Urteilspflicht insofern noch unerfüllt [19]).

Der eingeklagte Tatbestand ist der behauptete geschichtliche Vorgang, mag er auch nicht in allen Beziehungen vollständig und getreu in der Klage dargelegt, in der Verhandlung zum Vorschein gekommen sein. Die Identität in diesem Sinne, d. h. die Einheit des individuellen geschichtlichen Faktums, entscheidet für die Rechtshängigkeits- und Rechtskraftswirkung [20]). Fehler der urteilsmäßigen Normierung, Annahme von Versuch statt Vollendung, Fahrlässigkeit statt Vorsatzes, idealer statt realer Konkurrenz, falsche Subsumtion, Nichtsubsumtion unter das Strafgesetz usw., möchten sie auch aus den Urteilsgründen sich klar ergeben, sind mit der Rechtskraft irreparabel geworden. Das gilt auch von Fehlern, die unvermeidbar waren, weil die Verhandlung ein falsches, ein unvollständiges Tatbild ergeben hatte.

---

[19]) Oetker, Götting. Gel. Anzeigen 1898 S. 613 ff.

[20]) Oetker, Rechtsgutachten in Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 7 5. Wesentlich anders erfaßt das Klagfundament Binding, Strafrechtl. und strafproz. Abhandlungen 2 329 ff.

Dagegen tritt die Rechtskraft nicht ein bezüglich eines Anspruches, über den das Gericht nicht mitentscheiden konnte, weil er seiner Kognition durch ein rechtliches Hindernis (Antragsmangel usw.) entzogen war [21]). Es enthält z. B. der Tatbestand neben Diebstählen, Feldentwendungen einen Fall des Mundraubes, § 370 Ziff. 5 StGB., und es fehlt hierfür am Antrag.

Der festgestellte Anspruch erhält mit der Rechtskraft des Urteils die Eigenschaften der Liquidität, der Vollstreckbarkeit, der stärkeren Bestandskraft (an Stelle der Verfolgungs- tritt die Vollstreckungsverjährung): materielle Rechtskraftswirkungen.

b) Gegen die Übertragung der vollen Rechtskraftswirkung auf den Strafbefehl ist geltend gemacht worden, daß der den Strafbefehl erlassende Richter nicht in der Lage sei, die Tat so, wie es nach § 263 StPO. in der Hauptverhandlung zu geschehen habe, nach allen Richtungen zu prüfen [22]). Das einer Strafverfügung vorgängige Ermittelungsverfahren gewährt ohne Zweifel bessere Information als der Antrag des Amtsanwalts auf Strafbefehl, möchte auch die eine oder andere Ermittelung durch den Amtsrichter hinzugetreten sein. Immerhin haben diese inquisitorischen Vorerhebungen nicht annähernd die Leistungsfähigkeit einer Hauptverhandlung, und so erklärt sich, daß jener Grund auch zur Beschränkung der Rechtskraftswirkungen der Strafverfügung verwertet worden ist [23]).

Die Tatprüfung im Sinne des gemachten Einwandes umschließt nun offenbar zwei scharf zu scheidende Fragen: was ist als geschehen anzunehmen? und wie ist der Tatbestand rechtlich zu würdigen? Für die rechtliche Beurteilung als solche aber, die rein gedankliche Operation ist, leistet der Apparat einer Hauptverhandlung nichts; die Verhandlung dient der vollständigen und getreuen Herausstellung des Tatbestandes. Trotzdem hat man mit jener Begründung neue Verfolgung zugelassen unter einem bereits aus dem Antrage des Amtsanwalts auf Strafbefehl erkennbaren rechtlichen Gesichtspunkt; für den Fall der gerichtsherrlichen Strafverfügung würde dem im Antrage behaupteten Faktum die in der Strafverfügung angenommene Tatgestaltung entsprechen.

Daß die Beweiserhebung in der Hauptverhandlung bessere Garantien für die Gewinnung des zutreffenden Tatbildes liefert, als die Ermittelungen es können, auf die der Staatsanwalt seinen Antrag gestützt hat, und

[21]) Oetker, Konkurrenz von Privatklagrechten, Würzb. Festschr. f. Burckhard (1910) S. 41.

[22]) RG. 4. StrS. Entsch. **14** 358, 1. StrS. **28** 83, **29** 156, **46** 54. Literatur bei Löwe-Rosenberg 2. Buch 1. Abschn. Bem. 29ff., dazu weiter Binding a. a. O. S. 317, 318; Merkel in Zeitschr. f. Strafrechtswiss. **35** 553ff.

[23]) Literatur bei Romen-Rissom zu § 353 MStGO. Bem. 3. Für die volle Rechtskraftswirkung insbesondere Dietz, Zeitschr. f. Strafrechtswiss. **28** 814ff., gegenteilig Autenrieth a. a. O. S. 60ff.

auch als das Ermittelungsverfahren des Militärstrafprozesses, ist unbestreitbar richtig. Wollte man aber deshalb dem Strafklagberechtigten, Staatsanwalt, Gerichtsherrn, stets das Recht geben, unter Behauptung neuer Tatmomente, Beweismittel, nunmehr das Ordinarium zu begehren, so wäre das Summarium völlig entwertet. Was frommten Strafbefehle, Strafverfügungen, die Staatsanwalt, Gerichtsherr beliebig wieder über den Haufen werfen könnten?

Das Reichsgericht läßt dem Strafbefehl gegenüber die Klage zu, um die Tat unter einen in ihm noch nicht gewürdigten, höhere Strafbarkeit begründenden Gesichtspunkt zu bringen. Auch in der Literatur zur MStGO. hat diese Auffassung Anklang gefunden. Wenn aber aus dem Fehlen vorgängiger Hauptverhandlung diese Konsequenz gezogen wird, so kann die andere nicht abgelehnt werden, daß neue Verfolgung auch unter einem geringere Strafbarkeit begründenden Gesichtspunkt zulässig sein müßte; bei entsprechendem Verhandlungsergebnis wären dann die Nachteile, die der Beschuldigte durch schon erfolgte Vollstreckung des weitergreifenden Strafbefehls usw. erlitten hätte, nach Möglichkeit zu reparieren.

Beispiele für ein Zurückbleiben der Strafverfügung hinter der Tatgestaltung, wie sie nachträglich als indiziert erscheint, und ebenso für eine Überschätzung des Deliktscharakters in der Verfügung, sind leicht zu finden: die Verfügung ist ergangen wegen Fälschung von Legitimationspapieren (eines Militärpasses usw.), § 363 StGB., wegen unterlassener Verhinderung eines Diebstahls gemäß § 361 Ziff. 9, weil der Beschuldigte ohne besondere Erlaubnis einen Riß von einer Festung aufgenommen oder veröffentlicht habe, § 360 Ziff. 1, weil er seinen Hund auf einen Menschen gehetzt habe, § 366 Ziff. 6, wegen Schießens mit Feuergewehr in gefährlicher Nähe von Gebäuden usw., § 368 Ziff. 7; nachher ergibt sich der Verdacht der Urkundenfälschung nach § 267, der Anstiftung zum Diebstahl, des Landesverrats, Kriegsverrats aus §§ 90 Ziff. 4 StGB., 58 Ziff. 1 MStGB., des Geheimnisverrats, der Spionage nach §§ 1, 3, 4 des Gesetzes über den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3. Juni 1914, der Körperverletzung, der fahrlässigen Brandstiftung usw.; oder umgekehrt die Verfügung nahm Erregung ruhestörenden Lärms, § 360 Ziff. 11 (strafbar mit Geld bis zu 150 Mk. oder Haft) an, während nun die Tat mehr wie eine bloße Übertretung der Polizeistunde, § 365 (Geldstrafe bis zu 15 Mk.) oder ein Zuwiderhandeln gegen § 366 Ziff. 1 (Störung der Sonntagsfeier usw.; Geldstrafe bis zu 60 Mk. oder Haft bis zu 14 Tagen) aussieht.

Unverkennbar führt die Ansicht des Reichsgerichts in ihrer Konsequenz zur Zulassung eines »Wiederaufnahmeverfahrens« gegen Strafbefehle, Strafverfügungen unter wesentlich anderen Voraussetzungen und in ganz anderer Gestalt als nach dem geltenden außerordentlichen

Rechtsmittel und obwohl die beiden Prozeßordnungen, StPO. und MStGO., die Wiederaufnahme ausdrücklich auf Urteile beschränken.

Soll ein neues Verfahren nur zulässig sein, um der Strafverfügung gegenüber ein schwereres Delikt zur Anerkennung zu bringen, so verzichtet man auf Folgerichtigkeit, soweit sie dem Beschuldigten zugute käme. Die neue Verhandlung kann statt des von der neuen Klage angenommenen schwereren Delikts nicht nur ein leichteres, sondern auch die volle Nichtschuld ergeben: dieser Ausgang müßte dann ignoriert werden, da Klagerneuerung zum Zwecke entsprechender Feststellung nicht Raum gehabt hätte [24]). So ist die Alternative unabweislich: Ablehnung jeder neuen Verfolgung, die rechtskräftigem Urteil gegenüber versagte; ihre Zulassung zugunsten wie zuungunsten des Beschuldigten, womit dem Institute das Rückgrat gebrochen und die gesetzliche Gleichstellung mit dem rechtskräftigen Urteile insoweit ganz beiseite geschoben wäre. Der Gesetzgeber kann der von ihm ausgesprochenen Rechtskraftswirkung eine Beschränkung hinzufügen — eine kriminalpolitische Frage, die hier unerörtert bleibt [25]) —, die Rechtsanwendung aber darf nicht einen Grund, der die Gleichstellung mit dem Urteil im ganzen trifft, nur zur Hälfte wirken lassen.

Das Polizeistrafrecht gilt nach Reichsrecht ganz als Teil des kriminellen Strafrechts, sowohl in materiellrechtlicher als in prozessualer Beziehung. Strafbefehle und Strafverfügungen haben nicht nur polizeirechtliche, sondern allgemein strafrechtliche und strafprozessuale Bedeutung. Daher ist auch ihre Rechtskraftswirkung lediglich nach gewöhnlichem strafprozessualen Maßstabe zu bestimmen.

c) Die Rechtskraft der Strafverfügung gilt demnach de lege lata uneingeschränkt [26]). Ihre Tragweite bestimmt sich ganz nach den unter a entwickelten Grundsätzen. Es fehlt an jedem stichhaltigen Grunde, das allgemein lautende Gesetz einschränkend zu interpretieren.

---

[24]) Richtig Friedlaender, Zeitschr. f. Strafrechtswiss. **18** 693.

[25]) Vgl. dazu Merkel, Zeitschr. f. Strafrechtswiss. **35** 562 ff.

Mein Standpunkt dem Gesetzgebungsproblem gegenüber sei wenigstens angedeutet: Bei strenger Beschränkung der Strafverfügung und des Strafbefehls auf Fälle des polizeilichen Unrechts und bei reinlicher Scheidung zwischen diesem und dem Strafrecht läßt sich auch die Rechtskraftswirkung der Verfügung usw. entsprechend begrenzen, und es bleibt nachträgliche Prüfung frei, ob nicht in dem individuellen Faktum ein krimineller Tatbestand liegt. Dem positiven Rechte gegenüber, dem der innere Gegensatz von Verbrechen und echtem Polizeiunrecht verloren gegangen ist, versagt eine solche Betrachtungsweise, und so kommt ne bis in idem auf rechtskräftige Strafverfügung usw. in vollem Maße zur Anwendung.

Im Ergebnis übereinstimmend der Gesetzgebungsvorschlag Bindings, Abhandlungen **2** 336.

[26]) Ebenso für den Strafbefehl der StPO. jetzt Graf Dohna, Strafverfahren, S. 261.

Mit der Vollstreckbarkeit des Urteils verbindet sich der Schutz des Betroffenen gegen abermalige Verfolgung wegen derselben Tat. Es kann bei der Strafverfügung nicht anders sein, es wäre denn im Gesetze unzweideutig so bestimmt. Die minder verläßliche Grundlage mahnt nur zur Vorsicht beim Erlasse von Strafverfügungen; verdient nach verständigem Ermessen des Gerichtsherrn die Möglichkeit einer anderweiten Tatgestaltung Beachtung, sô ist das Hauptverfahren zu eröffnen.

V. Mängel einer Strafverfügung.

Da die Strafverfügung, wenn sie mit Einspruch nicht angefochten wird, die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils erlangt und der Einspruch zu Hauptverhandlung und Urteil führt, so ist der Erlaß der Verfügung an die Vollmacht zum Sachurteile und das Bestehen der Prozeßvoraussetzungen geknüpft.

Neben diesen Gültigkeitsbedingungen, die durch die Gleichbehandlung der Strafverfügung mit einem Urteil und die Eventualität eines an ihren Erlaß sich anschließenden Hauptverfahrens gegeben sind, bestehen für die Verfügung als Verdachtsentscheidung auf Grund vorgängigen Ermittelungsverfahrens besondere, von jenem Zusammenhang unabhängige Voraussetzungen.

Von den Gründen der Ungültigkeit und sonstigen Mängeln einer Strafverfügung ist eingehend zu handeln.

1. Durch die Urteilsanalogie bedingte Voraussetzungen einer Strafverfügung.

a) Die Vollmacht zum Urteile fehlt gegenüber rechtskräftig abgeurteilter Sache und bei Anmaßung [27]) der sachlichen Zuständigkeit, nicht, wenn lediglich infolge Subsumtionsirrtums eine vom Gesetz verliehene Zuständigkeit angenommen wurde.

Die Anwendung des ersteren Satzes lehrt die Ungültigkeit einer Strafverfügung unter Verletzung des Prinzips ne bis in idem, also nachdem in derselben Sache rechtskräftiges Urteil oder rechtskräftige Strafverfügung bereits ergangen war.

Die letztere Unterscheidung ergibt, daß Strafverfügung in Erstreckung auf eine Deliktsgattung, für welche dem Gericht die Urteilsvollmacht fehlt, jedenfalls ungültig ist, während Annahme der sachlichen Zuständigkeit infolge falscher Subsumtion der Tat unter eine der dem Gericht zur Aburteilung überwiesenen Deliktsgruppen als Mangel des Auftrags zum Urteil, als Prozeßvoraussetzungsmangel wirkt.

---

[27]) »Anmaßung« hat nicht subjektive, tadelnde Bedeutung. Eine Befugnis zum Rechtsprechen ist immer »angemaßt«, wenn ihr Gebrauch nicht auf Vollmacht mit Einschluß von Subsumtionsvollmacht beruht.

Ist die Strafverfügung von einem Gerichtsherrn der niederen Gerichtsbarkeit (gegen einen Gemeinen usw.) ergangen, so umfaßt die Urteilsvollmacht des Gerichts Vergehen nur in engem Rahmen (§§ 15 Ziff. 1, 16 MStGO.); dagegen steht neben der Befugnis des höheren Gerichtsherrn zur Strafverfügung gegen einen Offizier wegen Übertretung eine auf alle Straftaten erstreckte Urteilsvollmacht des Kriegsgerichts (§ 62 Ziff. 1).

Keineswegs haben die Militärgerichte auch Subsumtionsvollmacht bezüglich der persönlichen Eigenschaften, welche die Unterstellung unter die Militärgerichtsbarkeit begründen. Ist von einem Gerichtsherrn, erkennenden Gericht ein Zivilist für eine Militärperson usw. gehalten worden, so ermangelt der gegen ihn ergangene militärgerichtliche Strafentscheid — Strafverfügung, Strafurteil — schlechthin und trotz eingetretener »Rechtskraft« der Gültigkeit. Auf die Entschuldbarkeit des Irrtums kommt es dabei nicht an.

Nicht anders, wenn ein bürgerliches Strafgericht eine Militärperson als Zivilisten verurteilt hätte [28]).

---

[28]) Die Vollmacht des Gerichts ist zum Teil absolut begrenzt, zum Teil relativ; in den letzteren Fällen gilt die nur vermeintliche Einhaltung der Beschränkung — infolge irriger Auffassung des maßgebenden, materiellrechtlichen oder prozessualen, Tatbestandes durch das Gericht — wie wirkliche Wahrung der Vollmachtsgrenze; es verbindet sich mit der Urteilsvollmacht eine Subsumtionsvollmacht.

Das Gericht hat nicht die Vollmacht, zu entscheiden auf Grund einer Zuständigkeit, die es sich rechtsirrig beigelegt, in diesem Sinne »angemaßt« oder gar bewußt usurpiert hat; ein Irrtum über das jus in thesi vermag nicht dieses zu ändern! Aber das Gericht hat mit seiner Urteilsaufgabe die Vollmacht, bestimmte Begehungen am Gesetze zu messen; ein Subsumtionsirrtum in dieser Beziehung bewirkt, soweit ein Rechtsmittel gegeben ist, Anfechtbarkeit, nicht aber die Ungültigkeit des Urteils.

Ein Gericht kann Urteilsvollmacht haben auf Grund eines bestimmten prozessualen Tatbestandes, so der Amtsrichter gemäß § 211 Abs. 2 StPO.; insofern steht ihm, vorbehaltlich der Nachprüfung in der Rechtsmittelinstanz, die Auslegung der bezüglichen Prozeßakte zu, und das Urteil ist nicht ungültig, weil dabei falsche Auslegung zugrunde liegt.

Nie hat eine Einzelperson oder ein Kollegium Subsumtionsvollmacht gegenüber dem Rechtsbegriff »Gericht«; die Urteilsvollmacht steht nur zu dem wirklichen Gericht, nicht Personen, die sich in entschuldbarem oder unentschuldbarem Irrtum für ein Gericht halten.

Die Vollmacht des Strafgerichts besteht schlechthin nicht gegenüber Exterritorialen, inländischen Monarchen, sie gilt nicht — von bestimmten Ausnahmefällen abgesehen — für das Zivilstrafgericht gegenüber Militärpersonen, für das Militärgericht gegenüber Zivilisten. Die scharfe Begrenzung der Ausnahmen in den letzteren Beziehungen bringt erhebliche Schwierigkeiten mit sich.

Revolutionstribunale — eine jetzt praktisch gewordene »Gerichts«bildung — urteilen zweifellos so lange ungültig, als nicht die revolutionäre Gewalt, auf deren Anordnung sie beruhen, zur legalen Gewalt geworden ist; ob nach Eintritt dieser Wandlung die zuvor erlassenen Urteile von Revolutionsgerichten

Da Vollmacht zum Urteil nur denkbar ist für bestimmten Strafanspruch, das »Urteil« über einen unbestimmten, unerkennbaren Strafanspruch jeder Bedeutung ermangeln würde, so führt ein Mangel der Tatcharakterisierung in der Strafverfügung, wenn es infolgedessen an Individualisierung der Tat, an Bestimmtheit des Strafanspruchs fehlt, zu Ungültigkeit [29]), während ein Defekt, der im Falle des Urteils bloßer Begründungsmangel wäre, wie nicht dieses, so auch nicht die Strafverfügung ungültig macht.

b) Die Strafverfügung ist bestimmt, bei nicht erhobenem Einspruch für ein verurteilendes Straferkenntnis zu vikariieren. Folglich sind die Prozeßvoraussetzungen zugleich Strafverfügungsvoraussetzungen, und es steht dem Erlasse der Verfügung Prozeßvoraussetzungsmangel entgegen.

α) Die Prozeßvoraussetzung der Zuständigkeit fehlt einem Gericht, das in falscher Würdigung des Tatbestandes sich Urteilsauftrag zugeschrieben hat. Nicht fehlt ihm deshalb auch die Vollmacht zur Rechtsprechung. Diese geht zwar nur auf einen gesetzlich bestimmten Kreis von Strafsachen, aber es ist zugleich dem Gerichte die Vollmacht erteilt, zu prüfen, ob die gesetzlichen Zuständigkeiten im Einzelfalle vorliegen. Wurde in der Strafverfügung gegen einen Gemeinen bloßer Mundraub angenommen, während in der Tat schwerer Diebstahl vorlag, so ist nicht wegen dieses Subsumtionsirrtums die Strafverfügung ungültig, obwohl schwerer Diebstahl der niederen Gerichtsbarkeit entzogen ist (§§ 15, 16 MStGO.).

β) Weitere Fälle von Prozeßvoraussetzungsmangel würden sein: Strafverfügung ist ergangen, obwohl in der gleichen Sache bei einem anderen Gerichtsherrn ein Ermittelungsverfahren früher eingeleitet worden war und nicht eingestellt worden ist (§ 246 MStGO.), also

---

als saniert zu gelten hätten, bleibe dahingestellt. Die Frage der Amtierung ist für so berufene »Richter« recht eigentlich Gewissensfrage.

Res judicata konsumiert in Strafsachen schlechthin die Vollmacht.

Das Gegenstück zur Vollmachtsanmaßung ist die Vollmachtsablehnung, nicht auf Grund negativen Ausfalls einer vom Gericht anzustellenden Subsumtionserwägung, sondern unter Ignorierung (infolge Übersehens oder gar bewußten Beiseitesetzens) eines die Zuständigkeit des Gerichts ergebenden Gesetzes, also entgegen dem jus in thesi. Auch das auf Vollmachtsablehnung beruhende Urteil ist ungültig.

Auch ohne eingreifendes Durchdenken dieser Situationen erhellt, daß ungültige Urteile keineswegs von den Richtenden verschuldet zu sein brauchen, und wie grundverkehrt es ist, die Urteilsungültigkeit zu leugnen.

Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 55, 56, erwähnt »extreme« Fälle von Urteilsnichtigkeit und bemerkt sehr richtig, daß deren Beachtung schon deshalb geboten sei, um für die zahlreichen Mittelfälle gerüstet zu sein. Vgl. ferner Kohler, Zur Konstruktion des Strafprozesses, Arch. f. Strafrecht 65 318.

[29]) Übereinstimmend Autenrieth S. 37, 38.

entgegen begründeter Rechtshängigkeit — mit späterer Einstellung jenes Verfahrens wäre der Defekt gehoben; der Beschuldigte ist infolge einer den verständigen Gebrauch seiner prozessualen Rechte ausschließenden Geistesstörung prozeßunfähig; es fehlt am Strafantrage des Verletzten, ein Erfordernis, das für die Erwirkung eines Urteilsäquivalents genau so besteht wie für das Urteil selbst.

γ) Fehlende personelle Zuständigkeit des Gerichtsherrn begründet Prozeßvoraussetzungsmangel nicht, da das erkennende Gericht sich aus diesem Grunde nicht für unzuständig erklären darf, § 329 MStGO. Präziser: Die personelle Zuständigkeit ist zwar Prozeßvoraussetzung, ihr Bestehen wird aber durch die Straf-, Klagverfügung des Gerichtsherrn maßgebend festgestellt [30]).

c) Soweit nach § 2 MStGO. die Aburteilung von Polizei- usw. Übertretungen den bürgerlichen Behörden überwiesen ist, darf nicht Strafverfügung ergehen. Geschähe es dennoch, so müßte, wie in der Frage der sachlichen Zuständigkeit überhaupt, unterschieden werden, ob der Gerichtsherr sich die Gerichtsgewalt angemaßt oder nur in falscher Subsumtion statt einer Übertretung im Sinne des § 2 eine solche gemäß §§ 360 ff. StGB. angenommen hätte.

In jenem Falle schlechthin Ungültigkeit der Verfügung. Keineswegs würde in Anwendung des § 14 EG. zu MStGO., wenn zugleich ein bürgerliches Gericht den Beschuldigten abgeurteilt, Strafbefehl gegen ihn erlassen hätte, dasjenige Strafdekret gelten, welches zuerst rechtskräftig geworden wäre. Ohne Vollmacht ergangene Urteile, Strafverfügungen bleiben ein für allemal ungültig [31]).

Auftragsmangel aber erledigt sich mit der Rechtskraft, steht also der Wirkung nach § 14 nicht entgegen. Hat der Gerichtsherr die Tat nach den im Ermittelungsverfahren gewonnenen Annahmen dem § 2 nicht unterstellt, eine zur eigenen Zuständigkeit gehörige Übertretung darin erblickt, so ist seine Strafverfügung nicht von Vollmachts-, sondern von Prozeßvoraussetzungsmangel betroffen. Es fehlt an der Zulässigkeit des Militärstrafrechtsweges. Ist diese Verfügung früher rechtskräftig geworden als ein Strafurteil, Strafbefehl des bürgerlichen Richters, so hat sich für die erstere Entscheidung mit der Rechtskraft der Auftragsmangel erledigt, und es ist gemäß § 14 dem Zivilgericht nachträglich die Vollmacht zum Urteilserlaß entzogen.

---

[30]) Noch genauer: Der Gerichtsherr hat für die Frage der personellen Zuständigkeit eine Subsumtionsvollmacht, und seine Subsumtionsansicht bindet das Gericht. Dagegen ist ein Verstoß des Gerichtsherrn gegen das jus in thesi, eine Anmaßung personeller Zuständigkeit, keineswegs verbindlich.

[31]) Die Literatur, auch Weigel, Zuständigkeitsgrenzen zwischen Militär- und Zivilgerichtsbarkeit, S. 141 ff., läßt diese überaus wichtige Unterscheidung völlig vermissen.



2. Anderweite Voraussetzungen der Strafverfügung.

Zu der Urteilsvollmacht und den Prozeßvoraussetzungen treten als weitere Bedingungen des Strafverfügungserlasses spezifische Voraussetzungen dieses Dekrets hinzu. Für sie besteht wieder die Scheidung von Vollmacht und Auftrag.

Die »Voraussetzungen« des Dekrets sind hierbei im weiteren Sinne gemeint mit Einschluß solcher Erfordernisse, welche für den Begriff der Strafverfügung wesentlich sind (unten a δ usw.), im Gegensatz zu eigentlichen Voraussetzungen ihrer Rechtsgültigkeit.

a) Vollmachtmäßigkeit.

α) Die Vollmacht beschränkt sich auf Übertretungen.

Strafverfügung für eine als Vergehen usw. charakterisierte Tat ist ungültig. Ein doppeltes Vitium haftet der Verfügung an, wenn auch die Urteilsvollmacht den Tatbestand nicht mit erfaßt.

Bei bloßem Subsumtionsfehler mangelt es nur am Auftrag.

β) Die Vollmacht besteht nur für Verhängung der vom Gesetz, § 349 Abs. 2 MStGO., zugelassenen Strafen: Haft bis zu 14 Tagen oder Geldstrafe und diejenige Haft, welche für den Fall der Unbeibringlichkeit der Geldstrafe an deren Stelle tritt, sowie etwa verwirkte Einziehung.

Festsetzung einer anderen Strafart oder Überschreitung der gesetzlichen Maße macht die Verfügung ungültig. Ebenso Häufung von Geld- und Haftstrafe für eine Tat, während bei Zusammenfassung realkonkurrierender Delikte in einer Verfügung das eine mit Geld-, das andere mit Haftstrafe belegt werden kann. Die Wahl zwischen Geld- und Freiheitsstrafe gemäß dem einschlägigen bürgerlichen Strafgesetz — Übertretungen sind niemals militärische Delikte — ist verschränkt durch § 29 MStGB.: nicht Geldstrafe, wenn durch die strafbare Handlung zugleich eine militärische Dienstpflicht verletzt worden ist.

Die subsidiäre Freiheitsstrafe ist nicht an das Höchstmaß von 14 Tagen, vielmehr nur an die Begrenzungen gemäß § 29 StGB. gebunden [32]). Darüber läßt schon der Wortlaut des § 349: »und diejenige Haft« usw. keinen Zweifel, während ein Strafbefehl nach § 447 Abs. 2 StPO. auch bei Bestimmung der Ersatzstrafe das Höchstmaß der prinzipalen Freiheitsstrafe zu wahren hat. Die MStGO. wird in diesem Punkte der materiellen Rechtslage besser gerecht.

Sollte in der Strafverfügung der zulässige Höchstbetrag der Subsidiärstrafe — 6 Wochen und, wenn die neben der Geldstrafe wahlweise angedrohte Freiheitsstrafe ein geringeres Maximum hat, z. B. nach § 368 Ziff. 7 StGB., 14 Tage, diese Dauer — überschritten sein, so ent-

[32]) Vgl. auch Romen-Rissom zu § 349 MStGO. Bem. 7.

behrt nicht die Strafverfügung überhaupt, sondern nur die Bestimmung der subsidiären Strafe der Gültigkeit, und es ist die Rechtslage so anzusehen, als sei die Umwandlung unterblieben. Somit kommt § 463 MStGO. zur Anwendung. Die hier vorgesehene Umwandlung ist immer Sache des höheren Gerichtsherrn [33]). Verbesserung des Fehlers durch Nachtragsverfügung des niederen Gerichtsherrn, wenn die Strafverfügung von diesem herrührte, wäre rechtsungültig. Nach StPO. § 491 hingegen ist das Gericht zuständig, das den Strafbefehl erlassen hat.

Daß dem Beschuldigten nicht Beschwerde gegen die Umwandlungsverfügung gewährt wurde, ist ein schwer begreiflicher Fehler [34]).

γ) Eine Strafverfügung ohne die vorgeschriebene Eröffnung, daß Vollstreckbarkeit eintrete, wenn der Beschuldigte nicht binnen einer Woche nach der Zustellung bei dem Gerichtsherrn Einspruch erhebe, würde ungültig sein, möchte man sie als ein dem Gesetz fremdes unbedingtes oder als ein unvollständiges bedingtes Strafmandat auffassen. Denn die Vollmacht besteht nur für gehörig bedingte Verfügung.

Das Fehlen des kategorisch geforderten Hinweises ist daher nicht durch »Rechtskraft« der Verfügung heilbar. Nur eine trotz der vorgeschriebenen Eröffnung nicht angefochtene Verfügung wird rechtskräftig. Das Unterbleiben des Einspruchs ist nicht Rechtskraft wirkende Einspruchsversäumung, wenn dieser Rechtsbehelf nicht in der Strafverfügung dem Beschuldigten an die Hand gegeben war.

Während die Aufnahme der Bedingung — Nichterhebung des Einspruchs binnen der Frist — für die Rechtsgültigkeit der Strafverfügung unerläßlich ist, kann dem nach § 351 Abs. 3 mit dieser Eröffnung zu verbindenden Hinweise des Beschuldigten auf einen oder mehrere der für die Erhebung des Einspruchs offenstehenden Wege, §§ 351 Abs. 2, 369 Abs. 2—4, nicht die gleiche Bedeutung beigelegt werden. Diese Mitteilung ist nur vorgeschriebene Belehrung und steht insofern auf gleicher Stufe mit der Eröffnung an den Verhafteten, daß ihm die Rechtsbeschwerde gegen den Haftbefehl zustehe, § 177, mit der Belehrung des Angeklagten in der Hauptverhandlung über die Zulässigkeit der Berufung, der Revision und eventuell (falls Angeklagter erklärt, daß er sich bei dem Urteil nicht beruhige) über Frist und Form des Rechtsmittels, §§ 327 Abs. 3, 394 Abs. 2. Auch auf sonstige Fälle von Belehrung über Rechtsbehelfe sei hingewiesen: §§ 275 Abs. 3, 390 (über die Befugnis, Aussetzung der Verhandlung zu begehren; instruktionell gefordert), 295, 391 Abs. 1 (über Ablehnungsrecht). Aus StPO. gehören hierher §§ 114 Abs. 3 (Haftbefehl), 227 Abs. 3 (instruktionell geforderte Belehrung über Recht auf Aussetzung).

---

[33]) Vgl. dazu Romen-Rissom zu § 463 Bem. 3.

[34]) Zutreffend Autenrieth S. 36.



Die Unterlassung solcher Belehrungen kann je nach Verschiedenheit der Fälle (nicht, wenn die Mitteilung nur instruktionell geboten ist) die Revision gegen das Urteil begründen (Nichtbelehrung über Ablehnungsrecht usw.), einen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ergeben — bei Versäumung einer Rechtsmittelfrist, § 147 MStGO. [35]) — usw., hebt aber nicht den Rechtsbestand der Entscheidung auf, anläßlich deren sie zu erfolgen hätte, ergibt insofern nicht einmal einen Grund zur Anfechtung, da der Entscheidungsinhalt nicht durch den Verstoß betroffen sein kann.

Nur insofern nimmt die Belehrung über die Form des Einspruchs eine besondere Stellung ein, als sie — im Gegensatz zu den Eröffnungen über Rechtsmittel — Teil der Entscheidung, für deren Gültigkeit jedoch unwesentlicher Teil, ist. Fehlende oder unrichtige Belehrung kann als Restitutionsgrund wirken; der Einspruch ist im Sinne des Wiedereinsetzungsrechts, § 147, als »Rechtsmittel« zu erachten [36]). Das Gesetz traut, soweit es die Belehrung fordert, dem Beschuldigten nicht zu, daß er ohne diese Rechtsweisung zum gehörigen Gebrauch des Rechtsbehelfs in der Lage sei; bei irriger Belehrung muß Irrtum des Beschuldigten angenommen werden; im Falle der Unterlassung ist mit seiner Unwissenheit zu rechnen; beide Male ist der Mangel richtiger Bescheidung »unabwendbarer Zufall«, § 147 [37]).

Die des Hinweises entbehrende Strafverfügung wäre nur auftrags-, nicht vollmachtswidrig, mit dem Ablaufe der Einspruchsfrist würde sie in Rechtskraft treten.

Auch § 449 StPO. ist dahin zu verstehen, daß die Rechtsgültigkeit des Strafbefehls nur von der Eröffnung der Frist zum Einspruche beim Amtsgericht, nicht auch von der Bekanntgabe der Form des Einspruchs (schriftlich oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers) abhängt.

Dafür spricht auch das Ausreichen entsprechenden Hinweises bei der polizeilichen Strafverfügung, § 453 Abs. 3 StPO.: es braucht nur gesagt zu sein, daß gegen die Verfügung . . . Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei der Polizeibehörde oder dem Amtsgericht zustehe, nicht in welcher Form der Antrag zu stellen sei (wovon erst § 454 handelt). Das Erfordern dieser letzteren Bekanntgabe beim Strafbefehl kategorisch

---

[35]) Die Beschränkung der Restitution auf Rechtsmittelfristen ist zu tadeln. Der bürgerliche Strafprozeß gewährt Restitution gegen Fristversäumnisse überhaupt; dabei sind unter »Fristen« auch einzubegreifen Prozeßstadien, die indirekt befristend wirken (§§ 16, 25, 118; im Falle des § 125 MStGO. hingegen versagt die Restitution). Eine Restitution der letzteren Art kann aber nur erteilt werden, solange es die Prozeßlage noch gestattet, also nicht mehr nach Urteilserlaß.

[36]) Vgl. unten VI 2.

[37]) RMG. 1. Sen. Entsch. **1** 39 ff., 2. Sen. **4** 296 ff., **20** 60, 3. Sen. **20** 289 ff. Die Entscheidungen beziehen sich auf Rechtsmittel, haben aber auch für den Einspruch Geltung.

zu deuten, also anzunehmen, daß die Gültigkeit des Entscheids davon abhänge, hätte keinen Sinn.

Wird Einspruch auch gegen eine an spezifischer Ungültigkeit leidende Strafverfügung (ungültig wegen Fehlens der Eröffnung über den Einspruch usw.) zugelassen [38]) und entsprechend gegen den Ablauf der Frist dazu unter den allgemeinen Voraussetzungen Restitution erteilt, so liegt in der Nichteröffnung über den Einspruch, einem Grunde der Ungültigkeit, zugleich ein Restitutionsgrund.

δ) Mangel der Unterschrift des Zugeordneten (Kriegsgerichtsrats, Gerichtsoffiziers) ergibt Ungültigkeit der Verfügung. Der Gerichtsherr hat die Vollmacht zum Verfügungserlasse nur unter Zuziehung des Zugeordneten. Dieser ist freilich nicht Miturheber der Verfügung, da die Entscheidungsgewalt nur dem Gerichtsherrn eignet, aber unentbehrlicher Gehilfe.

Die Mitunterschrift des Zugeordneten, der Regel nach (§ 97) nicht Bedingung für den Rechtsbestand der Entscheidung, Verfügung des Gerichtsherrn [39]), ist für die Strafverfügung schlechthin wesentlich [40]).

Nur die Zustellung der mitgezeichneten Verfügung setzt die Einspruchsfrist in Lauf und ermöglicht den Eintritt der Rechtskraft. Nachholung der Unterschrift des Zugeordneten unter dem Aktenexemplar der Verfügung würde nicht ausreichen.

b) Auftragsmäßigkeit.

α) Mangelnde Angabe des Strafgesetzes, der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale und der Beweismittel hebt den Rechtsbestand der Verfügung nicht auf.

Ebenso nicht fehlende Konkretisierung.

Aus der Tatindividualisierung in der Verfügung ist der Strafanspruch durch juristisch-logische Operation zu entnehmen, mag auch im Einzelfalle die Ableitung auf Schwierigkeiten stoßen. Auch die Gültigkeit eines Urteils, eines Eröffnungsbeschlusses, einer Klagverfügung wird durch entsprechende Mängel nicht beseitigt; ihre Bedeutung für die Berufungs-, Revisionsfrage usw. bleibt hier unerörtert (dazu unten IX 1).

β) Der Auftrag zum Verfügungserlaß besteht nur auf Grund vorgängigen Ermittelungsverfahrens oder — in einfach liegenden Sachen; die zu einer Strafverfügung sich eignenden Fälle werden vielfach diesen Charakter haben [41]) — einer Tatfeststellung durch den Disziplinarvorgesetzten (§ 156 MStGO.), die ihrerseits auf Ermittelungen (§ 39 Disz.-Strafordnung) beruht oder doch, soweit sie der Disziplinarvorgesetzte auf Grund eigener dienstlicher Kenntnis trifft, dem Ge-

[38]) Vgl. darüber unten VI b α ee.
[39]) Vgl. RMG. 2. Sen. Entsch. 9 106 ff., 10 133 ff.
[40]) Gleiches gilt für den Beschlagnahmebeschluß des § 360.
[41]) Dazu Autenrieth S. 16, 17 (mit Literaturnachweis).



richtsherrn gegenüber die Bedeutung einer Ermittelung hat. Für die Vollmacht aber verschlägt es nichts, auf welchem Wege, auf dem vorgeschriebenen oder wie sonst, etwa durch persönliche Wahrnehmung des Vorgangs (in dienstlicher oder nichtdienstlicher Eigenschaft) der Gerichtsherr über den Sachverhalt informiert worden ist,

γ) Mit der letzteren Verfügungsbedingung berührt sich nahe die Frage des Tatverdachts.

Die Strafverfügung setzt wie die Klagverfügung und wie der Eröffnungsbeschluß des bürgerlichen Strafprozesses voraus, daß nach den Ergebnissen des gesetzlich vorgeschriebenen Vorverfahrens der Beschuldigte der Verübung verdächtig ist. Das Erfordernis wirkt für die prozeßeröffnenden Dekrete nicht als Prozeßvoraussetzung, da ein Verfahren, das Gewißheit anstrebt — das strafprozessuale Hauptverfahren — verständigerweise nicht abhängig gedacht werden kann von dem Bestande, dem Fortbestande bloßen Verdachtes; vielmehr ist Verdacht im Zeitpunkte der Eröffnung spezifische Dekretsvoraussetzung [41a]). Nicht anders bei der Strafverfügung. Mit der Rechtskraft der Verfügung ist diese Bedingung suppliert.

Die Wahrscheinlichkeit der Deliktsbegehung muß hier auch eine verstärkte sein; es genügt nicht der »hinreichende« Verdacht, wie ihn Klagverfügung und Eröffnungsbeschluß erfordern (§§ 250 MStGO., 201 StPO.). Der Wortlaut des § 250: »Liegt gegen den Beschuldigten hinreichender Verdacht . . . vor, so hat der Gerichtsherr, sofern nicht Disziplinarbestrafung eintritt oder eine Strafverfügung erlassen wird, die Anklage zu verfügen,» darf nicht irreführen; der Gesetzgeber will keineswegs auch die Strafverfügung nur an das Erfordernis »hinreichenden Verdachts« knüpfen, wie denn vollends die Disziplinarbestrafung nicht auf bloßen Verdacht hin eintritt, hier vielmehr sogar die historische Gewißheit der Verübung vorausgesetzt wird. Der Zweck der Strafverfügung ist ja sachgemäße Bestrafung, während die Klagverfügung auf Grund des Ermittelungsverfahrens nur ein weiteres, das entscheidende Prozeßstadium einleitet. Der Strafverfügung diesen ihren Charakter zu wahren, bedarf es wegen Wegfalls der Hauptverhandlungsgarantie des qualifizierten Verdachtes. Der Gerichtsherr hat auch zu bedenken, daß begründeter Einspruch versäumt werden kann, und schon deshalb nicht leichthin die Verfügung zu erlassen. Wenn der Verdacht nur »hinreicht«, die Gründe pro nicht erheblich gewichtiger sind als die Gründe contra, sollte nicht Straf-, sondern Klagverfügung ergehen. Das Verdachtsmoment ist für die Strafverfügung ähnlich zu bemessen wie für den Haftbefehl, der nur auf »dringende Verdachtsgründe« hin erlassen wird (§§ 112 StPO., 176 MStGO.) [42]).

[41a]) Vgl. Oetker, Arch. f. Strafrecht 66 472, 473.

[42]) Zu weitgehend Autenrieth S. 23, der die volle richterliche Überzeugung von der Schuld erfordert.

3. Wirkung der Verfügungsmängel.

a) Die ungültige Strafverfügung ist absolut nichtig und begründet nicht die Rechtskraftswirkungen. Sie steht gleich dem vollmachtlosen Urteil. Vollstreckbarkeit tritt nicht ein, und neue Anspruchserhebung ist zulässig.

Die Frage der Widerruflichkeit ungültiger Verfügung bedarf um so mehr besonderer Untersuchung, als dabei die Bedeutung erhobenen Einspruchs wesentlich mit in Betracht kommt.

Daß es eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen ungültige Strafentscheidungen (Urteile, Strafverfügungen usw.) im militärischen wie im bürgerlichen Strafverfahren nicht gibt, ist ein bedauerlicher Mangel des geltenden Rechts [43]).

b) Gegen den Versuch der Vollstreckung stände Einwendung aus § 464 Abs. 1 MStGO. zu; ein irgend genügender Ersatz für das Fehlen der Nichtigkeitsbeschwerde ist das nicht. Die Entscheidung wird dem »Gericht« zugewiesen, »welches erkannt hat«: der Fall der Strafverfügung ist also ausdrücklich im Gesetz nicht mitberücksichtigt.

Da die Strafverfügung als Entscheidung des Regiments-, Divisions- usw. Gerichts ergeht, § 9 EG. zu MStGO., so könnte unter dem »Gericht« des § 464 an sich auch der Gerichtsherr (mit seinem Zugeordneten) verstanden werden, aber es wäre damit die vom Gesetz gewollte Prüfung durch ein unabhängiges Gericht (§ 18 MStGO.), deren es jedenfalls der Einwendung des Verurteilten gegenüber bedarf, nicht erreicht und derselben Stelle, die in der Sache selbst zu entscheiden hätte, auch die Anordnung über Aufschub, Unterbrechung der Vollstreckung anheimgegeben, während das Gesetz unterscheidet, dort das Gericht, hier den Gerichtsherrn für zuständig erklärt. Auch die in Abs. 4 vorgeschriebene entsprechende Anwendung der Bestimmungen des § 461 Abs. 3 und 4 ließe sich nicht durchführen. Denn danach hat der Gerichtsherr kraft seines Vollstreckungsrechts Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung (Abs. 4), die also nicht von ihm selbst ausgehen kann. Und es sollen vor der Entscheidung der Vertreter der Anklage und der Verurteilte mit ihren Anträgen gehört werden (Abs. 3): eine Bestimmung, die nur in der Weise entsprechend durchführbar ist, daß der Gerichtsherr einen Zugeordneten mit der Vertretung des staatlichen Strafanspruchs an der entscheidenden Stelle beauftragt. Nach alledem muß angenommen werden, daß ein vom Gerichtsherrn zu berufendes erkennendes Gericht die Entscheidung hat.

Die Zuständigkeitsfrage ist also anders zu beantworten, als es für die Reduktion von Strafverfügungen auf das bei real konkurrierenden Delikten geltende strafgesetzliche Höchstmaß zutrifft [44]); in diesem

[43]) Oetker, Rechtsgang 1 15 ff., 25.

[44]) Vgl. oben III.

Falle liegt kein triftiger Grund vor, dem in Betracht kommenden Gerichtsherrn ein erkennendes Gericht zu substituieren.

c) Mit formeller Rechtskraft der Verfügung infolge unbenutzten Ablaufs der Einspruchsfrist tritt die Heilung nur solcher Mängel ein, die in einem Urteil enthalten durch dessen Rechtskraft geheilt würden.

Dahin gehört Prozeßvoraussetzungsmangel, nicht Mangel der Vollmacht zum Urteil; die spezifischen Bedingungen des Strafverfügungserlasses werden insofern suppliert, als sie nur den Auftrag, nicht die Vollmacht dazu begründen.

VI. Anfechtung der Strafverfügung.

1. Gegen die Strafverfügung kann es ein Rechtsmittel nicht geben, denn in demselben Augenblick, in dem sie als Entscheidung wirksam wird, ist sie rechtskräftig. Die Strafverfügung gehört, wie der Strafbefehl usw., zu den Dekreten, die als solche, in ihrem entscheidenden Gehalte erst mit der Rechtskraft zur Wirksamkeit kommen.

Die Anfechtung der Strafverfügung mit Einspruch besteht darin, daß sie um ihre Wirkung als Entscheidung gebracht, diese Qualität ihr entzogen wird. Der Einspruch ist nicht Beschwerde über die Entscheidung, die er vielmehr beseitigt, sondern das Verlangen eines Hauptverfahrens über die Tat der Strafverfügung.

2. Mit den ordentlichen Rechtsmitteln ist auch das außerordentliche, der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens, ausgeschlossen.

Während ZPO. § 584 die Wiederaufnahmeklagen auch gegen Vollstreckungsbefehle gibt, nennen MStGO. und StPO. als Angriffsobjekte des außerordentlichen Rechtsmittels nur Urteile. Das Schweigen über Strafverfügungen, Strafbefehle ist um so mehr im Sinne der Ausschließung zu deuten [45]), als die Einbeziehung der Vollstreckungsbefehle in ZPO. aus ihrer Gleichstellung mit Versäumnisurteilen sich ergibt (§ 700 ZPO.), eine Sachbehandlung, die im Strafverfügungs-, Strafbefehlsverfahren ein Seitenstück nicht findet. So behält der begriffliche Gegengrund, der innere Widerspruch der »Wieder«-Aufnahme eines noch gar nicht eröffneten Hauptverfahrens, seine volle Bedeutung. Denn eine Wiederaufnahme des Strafverfügungs-, Strafbefehlsverfahrens im engeren Sinne, also des mit Erlaß oder Nichterlaß des Strafentscheides abschließenden richterlichen Ermittelungs-, Prüfungsverfahrens, wäre ja nicht der Zweck des Antrags und eine dem Gesetz fremde, durchaus irrationale Prozedur. Bei solcher Verfahrenskonstruktion hätte der Gerichtsherr nach Anordnung der Wieder-

---

[45]) Für Ausschluß der Wiederaufnahme RG. 1. StrSen. Entsch. 4 246; Oetker, Rechtsgang 1 30, 31. Weitere Literatur bei Löwe-Rosenberg 4. Buch Bem. 2; dazu noch Merkel, Zeitschr. f. Strafrechtswiss. 35 556 ff.; Rosenfeld, Reichsstrafprozeß, S. 295 Anm. 7.

aufnahme zu prüfen, ob er die Strafverfügung aufrechterhalten oder unter deren Aufhebung anderweit entscheiden, eine geänderte Strafverfügung oder nunmehr Klagverfügung erlassen oder die Verfolgung einstellen wollte. Das vom Gesetz, § 448 Abs. 2, für den Fall einer vom Beschuldigten oder zu dessen Gunsten beantragten Wiederaufnahme ausgesprochene Verbot der reformatio in pejus wäre ganz undurchführbar: wie könnte der Gerichtsherr gehindert sein, die Anklage wegen schwereren Delikts zu verfügen, wie demnächst das erkennende Gericht, die Tat entsprechend oder noch schärfer zu beurteilen, die Strafe ohne Rücksicht auf die frühere Strafverfügung der in der Verhandlung sich ergebenden Tatgestaltung gemäß zu bestimmen?

Von den Wiederaufnahmegründen der Gesetze, §§ 436, 438 MStGO., 399, 402 StPO., kämen für eine solche Wiederaufnahme nur etwa je die Ziffern 3 dieser Paragraphen in Betracht, im Hinblick auf Strafverfügungen vielleicht noch Ziff. 4 und 5 des § 436 MStGO., Eventualitäten von verschwindender praktischer Bedeutung. Bei den geringfügigen Strafen, die durch Strafverfügung, Strafbefehl verhängt werden können, und dem prompten, wirksamen Schutz, den der Beschuldigte in dem voraussetzungslosen Einspruch hat, würde für Zulassung eines außerordentlichen Rechtsmittels auch jedes Bedürfnis fehlen [46]. Gegen die Versäumung der Einspruchsfrist hat der Beschuldigte unter den gesetzlichen Voraussetzungen den Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [47].

3. Der Einspruch ist binnen einer Woche nach Zustellung der Verfügung bei dem Gerichtsherrn einzulegen; dem Beschuldigten stehen dabei die im § 369 Abs. 2 und 3 bezeichneten Wege, schriftliche Einreichung und Abgabe zu Protokoll eines Gerichtsoffiziers usw., zur Wahl; im letzteren Falle genügt zur Wahrung der Frist, wenn innerhalb derselben das Protokoll aufgenommen ist.

Einer Begründung bedarf der Einspruch nicht.

4. Auf den Einspruch kann verzichtet werden, § 352 MStGO., und er unterliegt der Zurücknahme, § 354. Die eine wie die andere Erklärung ist unwiderruflich. Für beide gilt die gleiche Form wie bei Einlegung des Einspruchs.

Abweichend von StPO. § 451 ist die Zurücknahme nicht bis zum Beginne der Hauptverhandlung, sondern nur bis zur Bekanntmachung des Termins dazu an den Angeklagten, §§ 266, 267 MStGO., zulässig.

---

[46]) Gegen die Zulassung RMG. 2. Sen. Entsch. 13 73 ff.

[47]) »Rechtsmittel« in § 147 MStGO. bedeutet auch den Einspruch. Vgl. Romen-Rissom zu § 147 Bem. 3. Gegenteilig Stenglein zu § 353 Bem. 1; Schlayer zu § 351 Bem. 805. StPO. § 44 spricht allgemein von »Frist«.



Mit Aussetzung der Hauptverhandlung erneuert sich das Recht der Einspruchsrücknahme um so weniger [48]), als es schon vor dem Beginne der Hauptverhandlung, der ersten Hauptverhandlung [49]) — mit der Bekanntgabe des Termins — präkludiert war.

Im Falle der Zurücknahme des Einspruchs wird schon eröffnetes Hauptverfahren wieder eingestellt.

5. Der Einspruch begründet nicht nach Art einer Berufung, Revision ein Instanzverfahren, unterwirft nicht die Entscheidung einer Nachprüfung durch einen höheren Richter, verlangt vielmehr, daß über die von ihr erfaßte Tat in ordinario, im Wege des Hauptverfahrens, verhandelt und entschieden werde.

Da ein Hauptverfahren ohne vorgängige Klagerhebung dem Gesetze fremd ist und ein anderweiter Klagakt nicht erfolgt, so muß die zu bescheidende Klage in der Strafverfügung gefunden werden. Gleich dem Strafbefehl der StPO. [50]) erhält die Strafverfügung durch den Einspruch die Bedeutung der Klage.

Im Militärstrafprozeß wird anders als im bürgerlichen Strafverfahren die Klage »verfügt«. Der Gerichtsherr als Richter legt sich selbst als dem Klagberechtigten die Klagverpflichtung auf und läßt zugleich die von ihm erhobene Klage zum Hauptverfahren zu. Von dieser eigenartigen Verbindung des Klagaktes mit einer ihn anordnenden und für ihn das Hauptverfahren eröffnenden Entscheidung gibt es nur eine Ausnahme: in § 319 MStGO. Hier wird in Nachbildung einer Prozeßfigur des bürgerlichen Verfahrens, § 265 StPO., die Erhebung einer weiteren, nicht verfügten Klage im Laufe der Hauptverhandlung und die Erstreckung des anhängigen Hauptverfahrens auf sie gestattet; nicht der Gerichtsherr, sondern das erkennende Gericht bestimmt insofern über den Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung.

Dagegen ist die durch Einspruch aus der Strafverfügung sich ergebende Klage als verfügte Klage zu erachten. Der Gerichtsherr hat im voraus für den Fall gesetzentsprechenden Einspruchs im Hinblick auf die Tat der Strafverfügung Klagverpflichtung geschaffen. Insofern ist die Strafverfügung zugleich Klagverfügung. Aber im Gegensatze zur normalen Klagverfügung fehlt es für die verfügte und als erhoben zu erachtende Klage noch an der Zulassung zum Hauptverfahren. Erst mit der Anberaumung der Hauptverhandlung durch den Befehl des Gerichtsherrn zum Zusammentreten des erkennenden Stand- oder Kriegsgerichts, §§ 354, 261 MStGO., ist das Hauptverfahren eröffnet.

---

[48]) A. A. Romen-Rissom zu § 354 Bem. 5.

[49]) Nach StPO. § 451 ist der Beginn der ersten Hauptverhandlung als maßgebend zu erachten. Literatur bei Oetker, Strafprozeßbegründung, S. 45 Anm. 65.

[50]) Oetker, Strafprozeßbegründung, S. 49.

Es wandelt sich also nicht bereits durch den Einspruch die Strafverfügung in Klagverfügung. Die beiden Rechtsakte, klagauslösender Einspruch und klagzulassendes Eröffnungsdekret, leisten zusammen, was sonst die Klagverfügung auf einmal schafft.

Ein inquisitorischer Verfolgungsakt, die Strafverfügung, hat die Eignung, unter dem Einflusse von Einspruch und Eröffnungsdekret zur Klage zu werden; für den Gerichtsherrn als Träger des Klagrechts wird durch eine Handlung, die er als inquisitorisches Verfolgungsorgan vorgenommen hat, die Klagpflicht (vorbehaltlich des § 272 MStGO.) begründet.

Bei dieser Rechtslage entzieht sich die Befugnis des Gerichtsherrn, gemäß § 272 MStGO. auf Grund neu hervorgetretener Umstände vor der Hauptverhandlung zugunsten des Angeklagten die Anklageverfügung abzuändern oder zurückzunehmen, so lange der direkten Anwendung, als nicht das Eröffnungsdekret bereits erlassen ist. Aber weshalb sollte, weil es sonst an perfekter Klagverfügung noch fehlen würde, also konstruktiver Erwägung zuliebe, der Gerichtsherr genötigt sein, erst das Hauptverfahren zu eröffnen, um dann unter Widerruf dieses Dekrets die als nicht haltbar erkannte Klage zurückzunehmen? Vielmehr muß in Analogie des § 272 dem Gerichtsherrn freistehen, die Klage alsbald zurückzuziehen, wenn sich der Ungrund des Verdachts, das Fehlen einer Prozeßvoraussetzung, ergeben hat, und entsprechend die Klage alsbald zu ändern, unter Subsumtion der Tat unter ein milderes Strafgesetz infolge geänderter Beweislage oder berichtigter Rechtsauffassung usw.

So ergibt sich ein Gegenstück zur Widerruflichkeit der Klage im Strafbefehlsverfahren des bürgerlichen Prozesses, § 451 StPO. Die Möglichkeit einer Klagänderung zugunsten des Beschuldigten tritt noch hinzu. Andererseits verlangt § 272 »neu hervorgetretene Umstände«. Aber wirksam ist die Rücknahme, Änderung auch ohne diese Voraussetzung. Doch ist an eine Änderung zugunsten des Beschuldigten das erkennende Gericht gemäß § 317 MStGO. nicht gebunden. Infolge der Klagrücknahme tritt die Sache in das Stadium des Ermittelungsverfahrens zurück. Es wird alsbald oder nach Vervollständigung des Ermittelungsverfahrens (§ 244) die Verfolgung eingestellt, §§ 245, 246, oder neue Strafverfügung oder Anklageverfügung, §§ 349, 250, auf geänderter oder auch der gleichen tatsächlichen, rechtlichen Grundlage erlassen. Die Klagrücknahme hat als bloße renuntiatio liti den Strafanspruch unberührt gelassen.

Für den bürgerlichen Prozeß bedeutet die Zulässigkeit der Klagrücknahme nach § 451 eine Besonderheit des Strafbefehlsverfahrens; in der MStGO. wird dem Strafverfügungsverfahren mit dem Übergang

der Straf- in Klagverfügung die Geltung der Regel des § 272 vermittelt [51]).

6. Da der Einspruch die Strafverfügung in Klage wandelt, so verlieren mit seiner Einlegung alle Mängel der Verfügung als Entscheidung ihre Bedeutung, und es bleibt nur ein solcher Defekt noch wirksam, der die Verfügung als Klage belastet [52]).

a) Nicht beseitigt wird Mangel der Vollmacht, des Auftrags für das begehrte Hauptverfahren.

α) Dem Einspruche kann nicht stattgegeben werden, wenn res judicata schon vorlag, der Strafanspruch wegen fehlender Tatindividualisierung in der Verfügung völlig unbestimmt ist, dem Gerichte zur Aburteilung des von ihr angenommenen Delikts die sachliche Zuständigkeit fehlt, die Verfügung im Widerspruch mit § 2 MStGO. für ein zur Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte gehöriges Delikt erlassen ist.

β) Es leuchtet auch ohne weiteres ein, daß die Metamorphose von Entscheidung in Klage nicht über den Mangel einer Prozeßvoraussetzung hinaushilft; das Gericht hat in diesem Falle nicht den Auftrag, die aus der Strafverfügung entstandene Klage durch Sachurteil zu erledigen.

b) Hingegen werden alle Gründe spezifischer Ungültigkeit der Verfügung und ebenso der Mangel des Auftrags zu ihrem Erlasse mit dem Einspruch unerheblich. Denn an Stelle der von dem einen, dem anderen Defekt betroffenen Entscheidung ist Klage getreten.

α) Spezifische Ungültigkeit.

aa) Wie könnte dem Hauptverfahren entgegenstehen, daß die Strafverfügung als solche, weil auf Vergehen bezogen, ungültig ist, wenn das erkennende Gericht die Zuständigkeit zur Aburteilung der Vergehensklage hat? Ist gegen einen Unteroffizier oder Gemeinen Strafverfügung des Gerichtsherrn der niederen Gerichtsbarkeit wegen eines nur mit Arrest bedrohten militärischen Vergehens ergangen, so wird doch durch diese Zuständigkeitsanmaßung die Vollmacht des erkennenden Gerichts nicht berührt, § 15 Ziff. 1 MStGO. Entsprechend, wenn der Gerichtsherr der höheren Gerichtsbarkeit wegen solchen oder anderweiten Vergehens Strafverfügung gegen einen Offizier erlassen hatte.

bb) Was verschlägt es ferner, daß der Gerichtsherr die der Strafgewalt seines Gerichts gesetzte Grenze überschritten hat, da die Ent-

---

[51]) Die Anwendbarkeit des § 272 im Strafverfügungsverfahren wird meist nicht erwähnt, von Autenrieth S. 44, 45 bestritten.

[52]) In der Literatur ist diese Rechtslage nicht erkannt; Polemik in Einzelfragen verbietet sich daher von selbst.



scheidung jetzt ihre Bedeutung verliert und lediglich nach dem Hauptverhandlungsergebnis geurteilt werden soll?

cc) Strafverfügung des Gerichtsherrn der niederen Gerichtsbarkeit wegen eines der Delikte des § 16 MStGO. enthält bei Wahrung der Strafgrenzen, wie sie im § 349 Abs. 2 für Strafverfügungen bestimmt sind, zugleich den die Zuständigkeit des erkennenden Gerichts nach § 16 Abs. 1 begründenden Ermessensentscheid (vorbehaltlich einer Überweisung an das höhere Gericht unter der Voraussetzung des § 330 Abs. 2). Selbst der konkurrierende weitere Fehler einer Überschreitung des gesetzlichen Verfügungsstrafmaßes bliebe, wenn nur die Strafgrenzen des § 16 eingehalten sind, unschädlich, indem auch in diesem Falle der erforderliche Ermessensentscheid zum Ausdruck gebracht wäre. Hingegen bedürfte es, um Strafgewalt des niederen Gerichts gemäß § 63 MStGO. zu begründen, einer Überweisung durch den Gerichtsherrn der höheren Gerichtsbarkeit, da d e s s e n Ermessen den Ausschlag gibt.

dd) Überschreitung des gesetzlichen Verfügungsstrafmaßes in der Verfügung wird wie der weitergehende Bestrafungsexzeß bb mit gesetzentsprechender Einspruchserhebung irrelevant. Da der Entscheid in sich zusammenfällt, kann der Fehler die Verweisung der Sache zum Hauptverfahren nicht hindern.

ee) Gleicher Beurteilung unterliegt das Fehlen der unerläßlichen Eröffnung, daß mangels rechtzeitigen Einspruchs die Vollstreckbarkeit der Strafverfügung eintreten werde. Obwohl in diesem Falle unbenutzter Ablauf der Einspruchsfrist die Vollstreckbarkeit nicht begründen würde, die Ungültigkeit der Verfügung davon ganz unberührt bliebe, sieht sich doch der Beschuldigte einer Bedrohung der Rechtsposition gegenüber, die zu beseitigen der Einspruch das bestimmungsgemäße Mittel ist. Es fehlt jeder Grund, den Einspruch zu versagen, weil der Gerichtsherr dem Gesetz zuwider auf diesen Rechtsbehelf nicht hingewiesen hat. So wird durch rechtzeitigen Einspruch auch hier die Verfügung zur Klage und damit der Fehler bedeutungslos.

ff) Zur gültigen Strafverfügung bedarf der Gerichtsherr der Unterschrift des Zugeordneten, nicht zur gültigen Klagverfügung; nur soweit das Gesetz es ausdrücklich bestimmt, hat die Mitzeichnung einer Entscheidung, Verfügung des Gerichtsherrn durch den Zugeordneten kategorische Bedeutung (dies trifft neben der Strafverfügung auf den Beschlagnahmebeschluß des § 360 zu). Also stellt auch dieser Mangel die Klagwirksamkeit nicht in Frage.

β) A u f t r a g s m a n g e l.

aa) Eine Strafverfügung, die dem Gesetz zuwider ohne vorangegangenes Ermittelungsverfahren (bzw. ohne vorgängige Feststellung

durch den Disziplinarvorgesetzten) erlassen worden ist, steht nach erhobenem Einspruche einer von dem gleichen Mangel betroffenen Klagverfügung gleich, und diese wäre nicht vollmachts-, nur auftragswidrig, denn das maßgebende Prozeßstadium liegt im Hauptverfahren und an dessen Wahrung, nicht auch an die Vornahme von Ermittelungen vor der Klage ist die Vollmacht zum Urteile geknüpft (käme es infolge des Ausfalls der Ermittelungen zu einer — nicht behobenen — Beschränkung der Verteidigung, so wäre durch Rechtsmittel gegen das Urteil Abhilfe zu suchen). Daß die Strafverfügung wegen dieses Mangels nicht vollmachtlos sein kann, lehrt neben der früher gegebenen Begründung (oben V 2 b β) eben die Wandlung in nur auftragswidrige Klagverfügung durch Einspruchserhebung.

bb) Nicht anders steht es mit dem Fehlen genügenden Tatverdachts. Das durch Einspruch angebahnte Hauptverfahren soll den Beweis liefern, und so kommt es auf die Verdachtsfrage nicht mehr an.

cc) Fehlt's endlich in der Verfügung an der Angabe des Strafgesetzes, der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale, der Tatkonkretisierung, der Bezeichnung der Beweismittel, so überträgt sich auch dieser Defekt auf die Klagverfügung nicht als absoluter Mangel, da die Subsumtion unter das Strafgesetz aus der Tatindividualisierung in der Verfügung logisch folgt; diese Unterlassungen führen, wenn sie nicht durch Wahrung der Vorschriften der §§ 300, 318 MStGO. in der Hauptverhandlung unschädlich gemacht werden, die Urteilsfassung nicht das Fehlende nachholt, nur zur Gewährung von Rechtsmitteln an den Beschuldigten.

7. Die Wandelung der Strafverfügung in Klage ergibt für das nun sich anschließende Hauptverfahren eine Besonderheit durch Ausfall der Anklageschrift.

Das Gesetz schreibt vor, daß mit der Anklageverfügung dem Beschuldigten auch eine Anklageschrift bekanntzumachen sei; eine Ausnahme von diesem Erfordernis besteht im Feld- und Bordverfahren, § 255. Indessen ist nicht zu bezweifeln, daß Bekanntgabe lediglich der Anklageverfügung doch das Hauptverfahren in Gang setzt und qualifizierte Rechtshängigkeit begründet [53]). Die Mitteilung der Anklageschrift an den Beschuldigten dient seiner Verteidigung und ist nicht wesentliches Moment des prozeßeröffnenden Vorgangs. Der Beschuldigte hat Anspruch auf Aussetzung der Verhandlung, wenn die Anklageschrift ihm zu spät oder überhaupt nicht bekanntgegeben war, und ist über dieses Recht zu belehren, §§ 275 Abs. 3, 266 Abs. 2 mit § 255 MStGO.

Im Verfahren auf Grund einer Strafverfügung wird bei rechtzeitigem Einspruch zur Hauptverhandlung geschritten, § 354, ohne daß noch

[53]) Übereinstimmend Romen-Rissom zu § 258 Bem. 1.



ein weiterer Klagakt stattfände. Jener Aussetzungsanspruch fällt also weg. Der Beschuldigte, gegen den mit Klag verfügung vorgegangen wird, hat insofern eine bessere Rechtslage.

Wie die Bekanntmachung von Anklageverfügung und Anklageschrift, unterbleibt auch die Aufforderung an den Beschuldigten, sich rechtzeitig zu erklären, ob und welche Anträge er in bezug auf seine Verteidigung zu stellen habe, § 256 Abs. 1.

Die Verhandlungsleitung hat dafür zu sorgen, daß nicht der Ausfall dieser Akte zu einer Beschränkung der Verteidigung führt.

An die in Klage gewandelte Strafverfügung als den initiativen Klagakt schließt sich als zweites Klagstadium das Klagen in der Verhandlung an.

VII. Rücknahme der Strafverfügung.

1. Wenn eine Strafverfügung an Ungültigkeit leidet, sei's, daß nur zu ihrem Erlaß, sei's, daß auch für ein nachfolgendes Hauptverfahren die Vollmacht fehlt, so ist der Gerichtsherr zu ihrer Rücknahme — selbst auf den Mangel aufmerksam geworden oder vom Zugeordneten oder dem Beschuldigten [54]) darauf hingewiesen — nicht nur befugt, sondern verpflichtet. Von Einspruchserhebung und ihrem Einfluß auf die Rücknahmebefugnis wird zunächst abgesehen.

Die Unwiderruflichkeit von Urteilen, Strafverfügungen bezieht sich nur auf gültige Entscheidungen. Zur Wahrung der Rechtssicherheit muß der Schein rechtsbeständiger Verfügung durch ihren Urheber wieder zerstört werden [55]). Andernfalls hätte der Beschuldigte die Vollstreckung der ungültigen Verfügung zu besorgen, und es könnte immer ihr Erlaß als Hinderungsgrund gegen rechtsbeständige Strafverfolgung wirken.

Bloßer Auftragsmangel hingegen ist mit der Rechtskraft der Verfügung geheilt. Der Beschuldigte hat den Eintritt der Rechtskraft und damit der Vollstreckbarkeit seiner eigenen Passivität, der Nichterhebung des Einspruchs, zuzuschreiben. Zu einer Zurücknahme aus diesem Grunde ist daher der Gerichtsherr nicht befugt.

Das Rücknahmerecht haftet nicht an der Person dessen, der verfügt hat, steht vielmehr dem jeweiligen Inhaber des gerichtsherrlichen Amtes zu.

2. Mit der Rücknahme der ungültigen Strafverfügung hat sich die nach der Sach- und Rechtslage gebotene anderweite Entscheidung zu

---

[54]) Dem militärischen Subordinationsverhältnis gemäß darf der Beschuldigte den Ungültigkeitsgrund nur unter Einhaltung des Dienstweges beim Gerichtsherrn geltend machen, wirksam aber ist die Anregung unter allen Umständen, da mit ihr die Erfüllung einer Amtspflicht in Anspruch genommen wird.

[55]) Oetker, Rechtsgang 1 21 ff.



verbinden: neue gültige Strafverfügung, wenn Vollmacht und Auftrag zu einer solchen an sich bestehen, in der Verfügung das Strafmaß überschritten war, die Tatindividualisierung fehlte usw.; Klagverfügung, Vollmacht und Auftrag zum Hauptverfahren vorausgesetzt, wenn der Weg der Strafverfügung aus Rechtsgründen nicht gangbar, die Tat jetzt als Vergehen erkannt ist oder der Gerichtsherr nunmehr diesen Modus für angemessener erachtet, da ihm Bedenken kommen gegen das Genügen des durch Strafverfügung sich ermöglichenden Strafmaßes, gegen die Annahme des für eine solche erforderlichen qualifizierten Verdachts, mit Erhebung des Einspruchs sehr wahrscheinlich zu rechnen ist usw.; Ahndung im Disziplinarwege gemäß § 251 MStGO. (ausgeschlossen bei Übertretungen, § 3 EG. zu MStGO.); Einstellung der Verfolgung, § 246, wenn nach wiederholter Erwägung oder wegen neu hervorgetretener Beweismomente der Verdacht auch zur Klagerhebung nicht auszureichen scheint, ein Prozeßvoraussetzungsmangel zum Vorschein gekommen ist usw.

Der Widerruf der Verfügung bringt daher die Sache wieder in das Stadium des Ermittelungsverfahrens und Fortdauer, Ende der Rechtshängigkeit bestimmen sich nach dem weiteren Vorgehen des Gerichtsherrn [56]).

3. Der Ablauf der Einspruchsfrist ändert nichts an der Befugnis zur Rücknahme der ungültigen Strafverfügung, da die Ungültigkeit bestehen bleibt. Wohl ist zu erwägen, ob nicht durch Einlegung des Einspruchs die Rechtslage alteriert wird.

Wird gegen ein absolut nichtiges Urteil das Rechtsmittel eingelegt, wie es gegen ein gültiges Urteil zustehen würde, so darf nun nicht mehr der Richter der unteren Instanz das Urteil zurücknehmen, vielmehr ist abzuwarten, wie die höhere Instanz zur Frage der Ungültigkeit sich stellt. Freilich würde die Ungültigkeit des angefochtenen Urteils nicht durch Bestätigung seitens des Rechtsmittelrichters beseitigt werden. Wohl ist denkbar, daß ein gültiges neues Urteil in der höheren Instanz ergeht. Hatte z. B. der erste Richter eine ungesetzliche Strafe verhängt, so kann ein völlig rechtsgültiges Berufungsurteil an die Stelle treten. Und jedenfalls darf der Unterrichter nach Anrufen der Rechtsmittelinstanz die Ungültigkeit nicht mehr als evident behandeln, er hat vielmehr den Ausgang des Rechtsmittelverfahrens abzuwarten. Von der Begründung bis zur Beendigung des Instanzverfahrens ist das Anfechtungsobjekt einer Einwirkung des Unterrichters entzogen. Immer hat dieser mit der Möglichkeit zu rechnen, daß in der höheren Instanz eine Änderung der Rechtslage eintritt oder die Gründe der eigenen Ungültigkeitsannahme im Entscheide des Rechtsmittelrichters ihre materielle Widerlegung finden.

[56]) Vgl. dazu oben II 3.



Wie bei der Unständigkeit der erkennenden Militärgerichte die Rücknahme ungültiger Urteile sich vermitteln würde, muß auf sich beruhen.

Der Einspruch hingegen ist nicht Rechtsmittel, begehrt nicht Nachprüfung der Entscheidung, schiebt sie vielmehr beiseite und schafft daher auch nicht die Vinkulierung ihrer Widerruflichkeit, wie sie bei schwebendem Rechtsmittelverfahren bestehen würde.

Aber es erledigen sich andererseits mit der Einspruchserhebung, weil sie die Verfügung in Klage wandelt, alle Ungültigkeitsgründe, die der Verfügung als Entscheidung anhaften. Folglich darf nun der Gerichtsherr nicht mehr wegen eines solchen Ungültigkeitsgrundes die Verfügung zurücknehmen, muß vielmehr den Einspruch zulassen und das Hauptverfahren eröffnen.

Mangel der Urteilsvollmacht aber, wie er bei vorhandener res judicata (infolge früher ergangener rechtskräftiger Entscheidung — Urteil oder Strafverfügung), wegen Nichtangabe bestimmter Tat in der Verfügung usw. besteht, begründet die Abweisung des Einspruchs. Einleitung eines Hauptverfahrens ohne die Vollmacht dazu kann nicht verlangt werden. Mit der Abweisung des Einspruchs wegen Vollmachtsmangels ist die Zurücknahme der Strafverfügung zu verbinden.

Prozeßvoraussetzungsmangel hinwiederum steht dem Einspruche nicht entgegen. Denn die Prozeßvoraussetzungen sind durch den Erlaß der Strafverfügung bereits bejaht worden und würden mit ihrer Rechtskraft suppliert sein. Nicht das Hauptverfahren, nur das Sachurteil darin ist wegen fehlender Prozeßvoraussetzung zu versagen. Wie Prozeßvoraussetzungsmangel die Rücknahme der Verfügung nicht legitimieren würde, so ist er auch nicht Grund der Abweisung des Einspruchs, die doch nur in Verbindung mit dieser Rücknahme erfolgen könnte, da anderenfalls die Verfügung trotz rechtzeitiger Anfechtung in Rechtskraft erwüchse und vollstreckbar würde.

Die Rechtslage ist also dahin zu bestimmen: Bis zur Erhebung des Einspruchs besteht das Recht und die Pflicht der Rücknahme für jede Strafverfügung, zu deren Erlaß die Vollmacht fehlte; infolge Einspruchserhebung beschränken sich Rücknahmefähigkeit und Rücknahmebedürftigkeit auf solche Strafverfügungen, die unter dem Gesichtspunkt der Klage zu einem Hauptverfahren wegen fehlender Vollmacht für dieses nicht führen können.

4. Durch Zurücknahme der Strafverfügung verliert der Einspruch seine Bedeutung. »Abweisung« in diesem Falle konstatiert nur, daß der Rechtsbehelf gegenstandslos geworden ist. Einer Beschwerde wegen der Zurückweisung würde das gravamen fehlen, denn die mit Einspruch zu bekämpfende Verfügung bestände nicht mehr.

Dagegen scheint ein Beschwerdeinteresse dann vorzuliegen, wenn der Gerichtsherr den Einspruch wegen Vollmachtsmangels abweist ohne Zurücknahme der Verfügung. Indessen beschwerend wäre doch nicht die positive Entscheidung, sondern die Nichtzurücknahme. Eine Beschwerde wegen dieser Negative könnte nur die Bedeutung einer Aufsichts-, Dienstbeschwerde haben, und Widerruf einer gerichtlichen Entscheidung entzieht sich der Anordnung im Aufsichtswege [57]). Prozessuale Beschwerde kommt, abgesehen vom Mangel eines gravamen, schon deshalb nicht in Betracht, weil MStGO. — leider — eine Beschwerde wegen Einspruchsverwerfung überhaupt nicht gibt.

Der Einspruch entbehrt, wenn er wegen Vollmachtsmangels abgewiesen werden muß, im Grunde der Rechtserheblichkeit. Denn die Zurücknahme der ungültigen Verfügung hat schon von Amts wegen zu geschehen, und der Beschuldigte würde auch ohne Einspruchserhebung dieses Begehren stellen können [58]). Indem er zum Einspruche greift, bringt er eine in Wahrheit unbegründete Prozeßbitte vor und, wenn er sich über den Vollmachtsmangel im klaren ist, mit vollem Bewußtsein, aber er erreicht so sicherer, als durch ein bloßes Gesuch um Rücknahme der Verfügung, worauf es ihm ankommt: den Gerichtsherrn zu einer Nachprüfung der Vollmachtsfrage zu veranlassen.

Das Interesse der Rechtssicherheit ist durch Ermöglichung des Einspruchs ohne Rücksicht auf die Frage der Vollmacht für ein mit Einspruch begehrtes Hauptverfahren gewahrt. Denn wenn nicht der Gerichtsherr in groben Prozedurfehler verfällt, erreicht der Beschuldigte entweder den Widerruf der Verfügung unter Zurückweisung des Einspruchs oder Sachprüfung im Hauptverfahren, verhindert also jedenfalls, daß die Verfügung bei Bestand bleibt und zur Vollstreckung kommt.

Leidet die Verfügung nur an spezifischer Ungültigkeit, so hat es der Beschuldigte immer in der Hand, durch Einspruch die Verfügung in Klage zu wandeln, die Ungültigkeitsgründe zu beseitigen und ein Hauptverfahren über die Tat der Verfügung zu erreichen.

Abweisung des Einspruchs wegen Vollmachtsmangels deklariert, auch wenn die Strafverfügung nicht, wie es die Pflicht des Gerichtsherrn wäre, zurückgenommen wird, doch deren Ungültigkeit. Sonach ist durch die Zurückweisung die dem Beschuldigten zustehende Einwendung gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung unterstützt; sollte er trotzdem bei der zuständigen Stelle nicht durchdringen, so bliebe ihm noch die Rechtsbeschwerde an das obere Gericht, §§ 464 Abs. 4, 461 Abs. 4. Immerhin der sicherste Schutz für ihn liegt in der Zurücknahme der Verfügung.

57) Vgl. auch Oetker, Arch. f. Strafrecht 49 109.
58) Siehe oben unter 1.

Wie es nicht eine Nichtigkeitsbeschwerde gibt gegen ungültige Verfügung, so auch nicht wegen fälschlicher Zurücknahme einer Strafverfügung (eines Strafurteils) als ungültig [59]; die Frage bedarf aber der Erwägung, ob nicht der Beschuldigte das Recht haben sollte, den Gerichtsherrn bei einer in Wahrheit nicht ungültigen Verfügung festzuhalten, sie mit Einspruch anzufechten, den Anspruch auf Hauptverfahren zur Geltung zu bringen.

VIII. Eröffnung, Weigerung, Einstellung des Hauptverfahrens.

1. Für die Zulassung des Einspruchs bietet sich nicht der Weg einer formulierten, die Eröffnung des Hauptverfahrens aussprechenden Verfügung. Das formulierte Eröffnungsdekret des Militärstrafprozesses ist die Klagverfügung, und eine solche kann nicht in Frage kommen, da bereits der Einspruch die Strafverfügung zur Klage gewandelt hat. Die in der Klagverfügung mit der Klagerhebung verbundene Anordnung, über die Klage zu erkennen, fällt bei Einleitung des Hauptverfahrens nach vorgängiger Strafverfügung — infolge Einspruchs — als solche fort. Der Urteilsauftrag und damit die Eröffnung des Hauptverfahrens liegt vielmehr in dem Befehl des Gerichtsherrn zum Zusammentreten des erkennenden Gerichts, § 261 MStGO., einer Anordnung, die sonst Ausführungsverfügung zum Eröffnungsdekret (der Klagverfügung) ist, hier allererst den Eröffnungswillen bekundet, aber nicht ausspricht. Das Eröffnungsdekret ist also latent; das Strafverfügungsverfahren folgt auch insofern seinem zivilen Vorbilde, dem Strafbefehlsverfahren [60].

Der Befehl zum Zusammentreten des Gerichts als Ausführungsverfügung zu vorangegangener Eröffnung des Hauptverfahrens (durch Klagverfügung) ist zweifellos widerruflich; der Gerichtsherr kann den Befehl zurückziehen, sich anderweite Bestimmung vorbehaltend. Die Eigenschaft der Widerruflichkeit überträgt sich auf die Anordnung auch, soweit sie latentes Eröffnungsdekret ist. Aber es würde schon an sich die Eröffnungsverfügung ganz entsprechend den latenten Eröffnungsdekreten des bürgerlichen Strafprozesses revozierbar sein [61].

Der formulierte Eröffnungsbeschluß der StPO., §§ 201 ff., ist nicht widerruflich; ein nachträglich entstandener oder bei der Beschlußfassung nicht beachteter prozessualer Hinderungsgrund kann freilich zur Einstellung des begründeten Hauptverfahrens durch Beschluß oder Urteil führen, aber darin liegt nicht Rücknahme der Eröffnung. Die Staatsanwaltschaft ist nach der Eröffnung an ihre Klage, § 154, das

[59] Oetker, Rechtsgang 1 25.
[60] Vgl. über die latenten Eröffnungsdekrete des bürgerlichen Strafverfahrens Oetker, Strafprozeßbegründung u. Strafklagerhebung, S. 6ff., 26ff., 45, 53.
[61] Oetker a. a. O. S. 18.



Gericht an seinen Beschluß gebunden. Anders im Militärstrafprozeß: Dem Gerichtsherrn steht es frei, auf Grund neu hervorgetretener Umstände vor der Hauptverhandlung zugunsten des Angeklagten die Anklageverfügung (abzuändern oder) zurückzunehmen, § 272. In beiden Prozessen aber gilt die Widerruflichkeit des latenten Prozeßgründungsakts durch das Gericht, den Gerichtsherrn, wenn nachträglich die Unzulässigkeit des Hauptverfahrens erkannt wird oder eintritt [62]).

2. Die Abweisung des Einspruchs geschieht durch formulierte, begründungsbedürftige (§ 136) Entscheidung. Im bürgerlichen Prozeß hat der Beschuldigte dagegen die sofortige Beschwerde, gemäß § 346 Abs. 1 StPO. und in Analogie des § 209 Abs. 2 (die Rechtskraft des Strafbefehls kann nicht in suspenso bleiben). Die Versagung dieses Rechtsbehelfs nach MStGO. — § 373: die Rechtsbeschwerde findet nur statt, soweit sie in diesem Gesetze ausdrücklich zugelassen ist; für den Fall der Einspruchszurückweisung ist das nicht geschehen —, die wohl kaum auf Absicht beruht, ist jedenfalls ein bedauerlicher Fehler. Der Gerichtsherr hat es in der Hand, durch Abweisung des Einspruchs die von ihm erlassene Strafverfügung zur Rechtskraft zu bringen. Mag auch Pflichtwidrigkeit nicht ernstlich in Betracht kommen, der Irrtum hätte nicht sanktioniert werden dürfen.

Widerruf der latenten Eröffnung erfolgt — als nunmehr verfügte Abweisung des Einspruchs — durch formulierte Entscheidung.

Die Kognition über den Einspruch dem erkennenden Gerichte vorzubehalten [63]), bringt die Notwendigkeit unnützer Hauptverhandlungen mit sich und beruht auf Verkennung der richterlichen Befugnis des Gerichtsherrn.

3. Gründe der Einspruchsabweisung sind spezifische Mängel der Einspruchshandlung und sonstiges Fehlen der Vollmacht für das begehrte Hauptverfahren.

---

[62]) Für den Gegensatz des formulierten und latenten Eröffnungsdekrets nach StPO. ist charakteristisch § 7 MStGO.: War vor dem Diensteintritte die Eröffnung des Hauptverfahrens bereits beschlossen, so muß gegen den Angeschuldigten militärgerichtlich erkannt werden; dagegen bleibt er unter der Zivilgerichtsbarkeit, wenn ihm vor dem Diensteintritte wegen der Zuwiderhandlung ein Strafbefehl zugestellt war, also auch dann, wenn infolge Einspruchs Termin zur Hauptverhandlung bereits bestimmt war; es käme ja sonst die Sache im fortgeschritteneren Stadium vor das Militärgericht, während sie bei weniger weiter Entwicklung dem Zivilgericht verbliebe.

[63]) So Herz und Ernst zu § 354 Bem. 2; die Begründung, daß der Beschuldigte die Verfügung des Gerichtsherrn nicht würde anfechten können, ist unschlüssig, da er gegen Abweisung des Einspruchs durch das erkennende Gericht, die in der Form des Beschlusses zu erfolgen hat — vgl. unter 3 **a** —, ebenfalls ein Rechtsmittel nicht hat. Für die Befugnis des Gerichtsherrn Schlayer zu § 354 Bem. 809; v. Koppmann das. Bem. 3; Romen-Rissom das. Bem. 3; Autenrieth S. 58.

a) Wurde der Einspruch zu spät oder in nicht rechtsbeständiger Form erhoben, so konnte dieser Akt nicht hindern, daß die Strafverfügung rechtskräftig wurde. Es steht daher dem mit Einspruch begehrten Hauptverfahren res judicata und somit Vollmachtsmangel entgegen.

Sollte latent schon eröffnet worden sein, ehe der Gerichtsherr auf den Mangel aufmerksam wurde, so wäre unter Widerruf des Dekrets der Einspruch nachträglich zu verwerfen.

Die Zulassung des Einspruchs seitens des Gerichtsherrn bindet nicht das erkennende Gericht [64]), es hat vielmehr den in der Hauptverhandlung als verspätet usw. erkannten Einspruch seinerseits abzuweisen.

Das würde durch Urteil zu geschehen haben, wenn ein formuliertes Eröffnungsdekret vorläge.

Der Eröffnungsbeschluß der StPO., die Klagverfügung der MStGO. geben dem erkennenden Gerichte den Urteilsauftrag. Fehlte die Vollmacht, so ist das zu Unrecht geschehen, aber es ist geschehen. Mit Beginn der Hauptverhandlung ist für das nun konstituierte erkennende Gericht der Urteilsauftrag wirksam geworden und von ihm zu erfüllen, aber bei erkanntem Vollmachtsmangel natürlich nicht durch Sachurteil, sondern durch Einstellungsurteil [65]); im Gegensatz zum Einstellungsurteil wegen Prozeßvoraussetzungsmangels enthält hier die Einstellung den Abbruch des Hauptverfahrens, da dessen Weiterführung absolut ungültige Prozeßhandlungen ergeben würde. Nie braucht, wenn nach der Verfahrenseröffnung der Vollmachtsmangel zutage tritt, mit dem Abbruche bis zum Hauptverhandlungstermin gewartet zu werden; der Aufschub wäre zwecklose Weitläufigkeit. Vielmehr ist alsbald nach erkanntem Mangel einzustellen (abzubrechen): im bürgerlichen Strafprozeß durch Beschluß des Gerichts, im Militärstrafprozeß durch Verfügung des Gerichtsherrn.

Latentes statt formulierten Eröffnungsdekrets bringt insofern eine Änderung der Rechtslage mit sich, als es frei widerruflich ist. Dieses Rücknahmerecht überträgt sich im Militärstrafprozeß mit Beginn der Hauptverhandlung vom Gerichtsherrn auf das erkennende Gericht; er wird jetzt, ohne in Person noch eingreifen zu können, durch das Gericht repräsentiert. Da der Widerruf des Dekrets den Urteilsauftrag beseitigt, so ist durch Beschluß, nicht durch Urteil einzustellen [66]). Ein Rechtsmittel gegen diesen Beschluß steht infolge der verkehrten Einschränkung des Beschwerderechts gemäß § 373 MStGO. nicht zu.

---

[64]) A. A. v. Koppmann zu § 354 Bem. 3.

[65]) Für Einstellung durch Beschluß Bennecke-Beling S. 314, 384, 535. Es fehlt dabei übrigens die Scheidung von Vollmachts- und Auftragsmangel und von fälschlicher Annahme der Vollmacht, des Auftrags in dem eröffnenden Dekrete und ihrem späteren Wegfall.

[66]) Im Ergebnis übereinstimmend Autenrieth S. 60.

Der Beschuldigte muß sich mit der Einstellung des Verfahrens unter Abweisung seines Einspruchs zufriedengeben.

Auch im Strafbefehlsverfahren der StPO. wird, wenn sich der Einspruch nachträglich als verspätet usw. erweist, das latente Eröffnungsdekret widerrufen und der Einspruch — vor der Hauptverhandlung oder noch in dieser — durch Beschluß zurückgewiesen [67]. Aber der Beschuldigte hat dagegen, wie es sich gehört, die Beschwerde.

Teilweise anders ist die prozessuale Lage im Rechtsmittelverfahren zu bestimmen.

Während im Falle des Einspruchs das Hauptverfahren durch latentes Dekret erst zu eröffnen ist, trifft das rechtzeitig und rechtsförmlich eingelegte Rechtsmittel ein im Gange befindliches Hauptverfahren an und erstreckt es in instanzbegründender Funktion auf einen weiteren Abschnitt [68]. Dem Rechtsmittelgericht wird nicht ein besonderer Urteilsauftrag erteilt; die Urteilspflicht ergibt sich vielmehr nach eingelegtem Rechtsmittel ohne weiteres aus der Fortdauer des Prozesses in der Rechtsmittelinstanz in Konsequenz der instanzbegründenden Parteihandlung, der Berufungs-, Revisionseinlegung [69]. Die Abweisung des Rechtsmittels als verspätet ist Reprobierung der Instanzgründungshandlung, bedeutet nicht Weigerung der Verfahrenseröffnung für die Instanz; die »Zulassung« des Rechtsmittels ist nicht Instanzeröffnungsdekret, besteht vielmehr in Vornahme der Prozeßschritte, die infolge der vollzogenen Instanzbegründung nunmehr zu geschehen haben. Die rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels, nicht seine »Zulassung«, hemmt die Rechtskraft des Urteils, §§ 357, 383 StPO., 383, 405 MStGO.; die Fortsetzung des Verfahrens in der Rechtsmittelinstanz knüpft unmittelbar an diesen Parteiakt an [70]. Wenn § 386

---

[67] Oetker, Strafprozeßbegründung, S. 45.

[68] Nur Rechtsmittel gegen das Urteil, nicht »Beschwerden« kommen in Betracht.

[69] Wiederaufnahme führt anders als Berufung und Revision nicht zur Fortsetzung, sondern zur Erneuerung des Prozesses, wirkt wie Neueröffnung des Hauptverfahrens. Der Wiederaufnahmeantrag ist wie die Wiederaufnahmeklage der ZPO. Gesuch um richterliche Handlung, um Wiederaufnahme des Prozesses; Oetker, Jurist. Lit.-Blatt Bd. VII S. 211 ff. Im Strafprozeß geht der tatsächlichen Aufnahme ein sie verordnendes formuliertes Dekret voraus, §§ 410 StPO., 446 MStGO.; nach ZPO. § 590 Abs. 2 ist ein solches Dekret zulässig, nicht geboten. Das judicium rescindens wird nach den beiden Strafprozeßordnungen durch Zulassungsdekret begründet, §§ 407 ff. StPO., 443 ff. MStGO. (über die Frage, ob formuliertes oder latentes Dekret vgl. Löwe-Rosenberg § 408 Bem. 4; Romen-Rissom § 444 Bem. 9), in ZPO. § 589 dagegen durch die Erhebung der Wiederaufnahmeklage (vorbehaltlich ihrer Reprobierung durch das Gericht auf Grund amtlicher Prüfung, analog der gleichen Behandlung einer Berufung, Revision).

[70] Gegenteilige Sachbehandlung, Instanzeröffnung durch richterlichen, nicht durch Parteiakt, ist durchaus denkbar.

MStGO. von »Zulassung« der Berufung spricht (in dem Abschnitt über die Revision kehrt diese Ausdrucksweise nicht wieder), so bedeutet das nicht den Erlaß eines instanzeröffnenden Dekrets, sondern nur die nicht ausgesprochene Bejahung der Zulässigkeit als Voraussetzung der weiteren Prozeßschritte, während ein negativer Ausfall dieser Prüfung zu abweisendem Dekret führt [71]).

Vor dem Hauptverhandlungsbeginn wird ein Rechtsmittel in derselben Form wie ein Einspruch verworfen, durch Beschluß des Gerichts, Verfügung des Gerichtsherrn; freilich mit dem inneren Unterschiede, daß die Einspruchsverwerfung Weigerung oder Widerruf eines Eröffnungsdekrets, die Abweisung eines Rechtsmittels Deklaration seiner Untauglichkeit zur Instanzbegründung bedeutet.

Mit dem Eintritt in die Hauptverhandlung der Berufungs-, Revisionsinstanz kommt die Urteilspflicht des erkennenden Gerichts zur Wirkung und ist dem verspäteten Rechtsmittel gegenüber durch Einstellungsurteil [72]) (Abbruch des Verfahrens wegen Vollmachtsmangels infolge vorhandener res judicata) zu erfüllen. Widerruf eines latenten Eröffnungsdekrets und damit Beseitigung der Urteilspflicht wie beim Einspruch, steht nicht in Frage.

Daß MStGO. § 385 zwar gegen die Abweisung der Berufung durch den Gerichtsherrn der Berufungsinstanz die Rechtsbeschwerde gibt (die Abweisung der Revision kann nur vom Revisionsgericht ausgehen, § 407, und ist daher einem Rechtsmittel nicht ausgesetzt), nicht aber gegen die Verwerfung des Einspruchs, ist eine des inneren Grundes entbehrende Unterscheidung.

Ungültiger, verspäteter, nicht rechtsförmlicher Einspruch ist außerstande, das Strafverfügungsverfahren zu verdrängen; es konkurrieren nicht Vollmachten für dieses und für ein Hauptverfahren an der Hand gewandelter, zur Klage gewordener Strafverfügung, vielmehr löst die eine Vollmacht die andere ab. Dieser Vollmachtswechsel ist nicht mehr möglich nach Konsumtion der abzulösenden Vollmacht mit Rechtskraft der Strafverfügung.

---

[71]) Das »Zulassen« ist beim Rechtsmittel pflichtmäßiges Hinnehmen, beim Einspruch pflichtmäßiges Kraftgeben.

[72]) Vgl. zu StPO. Löwe-Rosenberg § 362 Bem. 1b; Binding, Grundriß, S. 261, 262; a. A. (für Beschluß) Bennecke-Beling S. 576 Anm. 6.

Was MStGO. betrifft, so erklären sich Romen-Rissom § 385 Bem. 6a für Abweisung der Berufung in der Hauptverhandlung durch Urteil, während sie § 407 anscheinend dahin verstehen, daß die Revision in der Hauptverhandlung durch Beschluß zu verwerfen sei. Allein diese Unterscheidung entbehrt des inneren Grundes; § 407 setzt in Abs. 1 — Verwerfung der Revision durch Beschluß — eine beschließende Sitzung des Reichsmilitärgerichts voraus und berücksichtigt in Abs. 2 (ebenso wie in § 395) den Fall nicht mit, daß sich noch in der Hauptverhandlung die Notwendigkeit der Verwerfung des Rechtsmittels als verspätet usw. ergibt.

Entsprechend besteht im bürgerlichen Strafprozeß die Vollmacht zum Hauptverfahren erst nach Verdrängung des Strafbefehlsverfahrens durch rechtsgültigen Einspruch und setzt Vollmacht zu gerichtlichem Strafverfahren voraus, daß durch gültigen Antrag auf gerichtliche Entscheidung ein begonnenes administratives Strafverfahren — polizeiliches Strafverfügungsverfahren, Strafbescheidsverfahren — beseitigt worden ist.

b) Das Hauptverfahren ist auch dann zu weigern, wenn zwar nicht eine spezifische Ungültigkeit des Einspruchs vorliegt, aber aus anderem Grunde die Vollmacht für das Hauptverfahren fehlt, der Beschuldigte z. B. nicht oder nicht mehr als Militärperson zu erachten ist.

α) In diesen Fällen verbindet sich mit Abweisung des Einspruchs die Zurücknahme der Strafverfügung als ungültig. War das latente Eröffnungsdekret bereits ergangen, so wird zugleich dieses zurückgenommen.

Vor dem Hauptverhandlungsbeginn ist Abweisung und Zurücknahme Sache des Gerichtsherrn. Nach Eintritt in die Hauptverhandlung trifft das erkennende Gericht die gleichen Entscheidungen durch Beschluß; die Disposition über die Strafverfügung, die bisher der Gerichtsherr übte, steht nun in dessen Repräsentation beim Gericht.

β) Hingegen wäre im Verfahren auf Grund Klagverfügung wegen fehlender, vom Gerichtsherrn zu Unrecht angenommener Vollmacht in der Hauptverhandlung Einstellungs*urteil* zu erlassen, weil mit dem Hauptverhandlungsbeginn der Urteilsauftrag an das Gericht wirksam geworden ist und ein *widerrufliches* Eröffnungsdekret nicht vorliegt, es müßte denn der Mangel auf völliger Unbestimmtheit der Tatangabe in der Klagverfügung beruhen: dann Einstellung durch Beschluß, weil die Eröffnungsverfügung wegen ihres unerkennbaren Inhalts die Kraft der Prozeßbegründung nicht hat, ein Urteilsauftrag also überhaupt nicht erteilt ist [73]). Doch ist für einen, den oben erwähnten Fall des Vollmachtsmangels positivrechtlich die Beschlußform vorgeschrieben, § 328 MStGO.: »Findet das Gericht im Laufe der Verhandlung, daß der Angeklagte nicht unter der Militärgerichtsbarkeit steht, so hat es durch Beschluß seine Unzuständigkeit auszusprechen« (dagegen Rechtsbeschwerde des Gerichtsherrn und des Angeklagten).

Im Verfahren nach vorgängiger Strafverfügung ist § 328 unanwendbar. Denn durch die Unzuständigkeitserklärung wäre die ungültige Strafverfügung nicht zurückgenommen, und der Einspruch bliebe unbeschieden. Das Gericht ist unzuständig, über eine Nichtmilitärperson zu richten, nicht aber einen von ihr erhobenen Einspruch zurück-

[73]) Oetker, Strafprozeßbegründung, S. 9.

zuweisen. Die Strafverfügung ist der Beseitigung bedürftig, sie liefert nicht (infolge des Einspruchs) eine Klage, der gegenüber das Gericht seine Unzuständigkeit auszusprechen hätte.

γ) Fällt nach Erlaß einer Klagverfügung oder des latenten Eröffnungsdekrets im Strafverfügungsverfahren die Vollmacht für das Hauptverfahren fort, z. B. durch Ableben des Beschuldigten, so besteht nicht mehr Urteilsauftrag für das erkennende Gericht. Somit ist in der Hauptverhandlung das Verfahren durch Beschluß einzustellen (abzubrechen). Im Strafverfügungsverfahren schließt diese Entscheidung Widerruf des Eröffnungsdekrets ein und Abweisung des Einspruchs (bei Tod des Beschuldigten die Erklärung, daß der Einspruch sich erledigt habe), und es ist die ungültig gewordene Strafverfügung zurückzunehmen.

δ) Eine besondere Bestimmung ist entsprechend dem § 270 StPO. in § 330 Abs. 1 MStGO. getroffen: »Stellt sich nach dem Ergebnisse der Verhandlung vor einem Standgericht die Tat als eine solche dar, welche die Zuständigkeit des Standgerichts überschreitet, so hat dasselbe durch Beschluß seine Unzuständigkeit auszusprechen und die Sache an die zuständige Stelle zu verweisen. Dieser Beschluß hat die Wirkung der Anklageerhebung für das weitere Verfahren.«

Das Gesetz rechnet hier mit Vollmachtswegfall infolge Änderung des Tatbildes gegenüber den Annahmen den Klagverfügung, insofern ist Beschluß die zutreffende Dekretsform; doch ist die Vorschrift sicher auch dann anwendbar, wenn der Gerichtsherr in der Klagverfügung die Tat nach ihrer damaligen Gestalt falsch subsumiert oder sich gar die Vollmacht angemaßt hatte, obwohl bei dieser Sachlage an sich Einstellung durch Urteil, nicht durch Beschluß am Platze wäre.

Um wiederholte Klagerhebung und Verfahrenseröffnung zu ersparen, wird einem Verweisungsbeschlusse des unzuständigen Gerichts die gleiche Bedeutung beigelegt, die eine Klagverfügung des zuständigen Gerichtsherrn haben würde.

Auch im Verfahren nach vorgängiger Strafverfügung ist § 330 anwendbar. Die Widerruflichkeit des Eröffnungsdekrets begründet dem normal eröffneten Hauptverfahren gegenüber keinen Unterschied; das Motiv des Gesetzgebers, prozessuale Weiterungen zu vermeiden, ist hier wie dort wirksam.

Nach Abs. 2 des § 330 tritt auch dann neben Unzuständigkeitserklärung Verweisung an die zuständige Stelle ein, wenn der Angeklagte mit Rücksicht auf seinen Rang der niederen Gerichtsbarkeit entzogen ist oder die zu erkennende Strafe die dem Standgericht gezogenen Grenzen überschreitet. In jenem Falle ist die Strafsache nicht von der niederen Gerichtsbarkeit erfaßt, §§ 14, 17, also sachliche, nicht nur personelle Unzuständigkeit gegeben; mit Annahme einer das zur Ver-

fügung stehende Strafmaß übersteigenden Strafwürdigkeit hat sich die Urteilsvollmacht des Standgerichts, wie sie nach Gesetz oder Überweisung (§ 63) begründet ist, erledigt, und es fehlt daher auch hier an der sachlichen Zuständigkeit.

4. Ergibt sich in der Hauptverhandlung der Mangel einer Prozeßvoraussetzung, erhellt z. B. Prozeßunfähigkeit des Angeklagten (infolge von Geisteskrankheit usw.), so ist zu unterscheiden, ob der Defekt schon bei Erlaß der Strafverfügung bestand oder erst nachher eingetreten ist.

a) In jenem Falle ist mit dem Beginne der Hauptverhandlung für das erkennende Gericht der Urteilsauftrag wirksam geworden und daher nun Einstellungsurteil zu erlassen [74].

b) Die Bejahung der Prozeßvoraussetzungen durch Erlaß der Strafverfügung geschieht immer unter dem stillschweigenden Vorbehalte des Wegfalls einer solchen. Sonach ist auch der Urteilsauftrag resolutiv bedingt [75]. Folglich hat das erkennende Gericht, wenn es eine Prozeßvoraussetzung als fortgefallen erachtet, durch Beschluß einzustellen.

Indem der Gesetzgeber die Rechtsbeschwerde auf die ausdrücklich zugelassenen Fälle beschränkte, § 373, setzte er sich der Gefahr aus, Beschlüsse, bei denen ein Beschwerdebedürfnis besteht, zu übersehen, und er ist ihr insbesondere gegenüber dem dargelegten Einstellungsbeschlusse erlegen. Die Folge trifft hier den Gerichtsherrn, der als Inhaber des Klagrechts ein Anfechtungsinteresse hätte. Der Angeklagte ist nicht graviert. Durch den unanfechtbaren Beschluß ist der Wegfall der Prozeßvoraussetzung rechtskräftig festgestellt. Nach Erledigung des Hinderungsgrundes, Wiedereintritt der Prozeßfähigkeit usw. ist selbstverständlich neue Verfolgung zulässig.

Verkehrt wäre Rücknahme des latenten Eröffnungsdekrets, das auf den Einspruch hin erlassen werden mußte und durch den Wegfall der Prozeßvoraussetzung so wenig abfällig geworden ist, als sich hierdurch ein Grund zur Abweisung des Einspruchs ergeben hat. Aber bei der verkehrten Regelung des Beschwerderechts müßte sich der Angeklagte bei einem solchen Beschlusse beruhigen!

c) StPO. § 259 Abs. 2 läßt, wenn bei einer nur auf Antrag zu verfolgenden strafbaren Handlung sich ergibt, daß der erforderliche An-

---

[74]) Nach Bennecke-Beling S. 384 (oben Anm. 65) wäre Beschluß zu geben; in der Bestimmung des § 259 Abs. 2 StPO. wird eine Ausnahme gefunden.

Gerade umgekehrt läßt Feisenberger, Arch. f. Strafrecht 57 175 ff. nicht einmal in dem Stadium vor der Hauptverhandlung, möchte auch die Prozeßvoraussetzung zweifellos fehlen, Einstellung durch Beschluß zu; Hauptverhandlung und Einstellungsurteil seien unentbehrlich.

[75]) Vgl. Binding, Grundriß, S. 205, wo aber nicht zwischen Wegfall einer Prozeßvoraussetzung, d. i. des Auftrags zum Sachurteil, und der Vollmacht dazu geschieden wird.

trag nicht vorliegt, zutreffend die Einstellung des Verfahrens durch Urteil aussprechen, stellt aber zu weitgehend den Fall rechtzeitiger Zurücknahme des Antrags schlechthin, also auch dann gleich, wenn die Rücknahme erst nach Erlaß des Eröffnungsdekrets erfolgt ist. Hat fälschliche Annahme der Prozeßvoraussetzung, d. i. des durch Antrag, noch bestehenden Antrag bedingten Klagrechts der Staatsanwaltschaft, zur Erteilung des Urteilsauftrags geführt, so ist allerdings die gegenteilige Feststellung auf den Urteilsweg gewiesen. Dagegen wäre bei späterer Rücknahme des Antrags nicht Urteil, sondern Beschluß die korrekte Dekretsform, da der Urteilsauftrag durch (zulässigen) Antragswiderruf resolutiv bedingt und diese Bedingung auch eingetreten ist.

Die MStGO. hat im § 314 Abs. 2 die eine wie die andere, die richtige und die falsche Bestimmung der StPO. übernommen. Es ist also für den Wegfall dieser einen Prozeßvoraussetzung die Unanfechtbarkeit des einstellenden Dekrets durchbrochen, in Gestalt des Einstellungsurteils eine seitens des Gerichtsherrn anfechtbare Form der Entscheidung vorgeschrieben.

Die Vorschrift kommt auf dem einen wie dem anderen Prozeßgebiete gleichmäßig zur Anwendung, mag der Hauptverhandlung Klag- oder Strafverfügung usw., ein Eröffnungsbeschluß oder Strafbefehl usw. vorangegangen sein.

IX. Die Hauptverhandlung.

Die Hauptverhandlung auf Einspruch hin findet, wenn der Angeklagte Offizier ist, vor dem Kriegsgericht, sonst vor dem Standgericht statt, §§ 14, 15 MStGO. Daß über die Übertretung des Offiziers neben dem Kriegsgerichtsrat vier Offiziere, berufen nach dem Range des Angeklagten, § 50, zu entscheiden haben, ist doch ein embarras de richesse.

Die Verhandlung steht mit den Modifikationen, die sich aus der Einleitung des Verfahrens durch Straf- statt Klagverfügung ergeben, unter den allgemeinen Grundsätzen. Entbindung des Angeklagten vom Erscheinen in der Hauptverhandlung ist unter den Voraussetzungen des § 280 zulässig.

1. An Stelle der Anklageverfügung wird der Inhalt der Strafverfügung durch den Vertreter der Anklage verlesen, § 297 Abs. 2. Die aus der Verfügung durch den Einspruch ausgelöste Klage gibt der Verhandlung die Richtung. Unvollständigkeit der Verfügung, durch Nichtangabe des anzuwendenden Strafgesetzes usw., führt zur Ergänzung durch das Gericht, wenn nicht der Anklagevertreter das Nötige im Anschluß an die Verlesung schon hinzugefügt hat, ebenso wie eine Klagverfügung — im bürgerlichen Strafverfahren ein Eröffnungsbeschluß — dieser Vervollständigung bedurfte. Nichtergänzung wäre, wenn nach der

Sachlage ein Zweifel des Angeklagten über das von der Anklage gemeinte Strafgesetz in Betracht kommen konnte, ein den Bestand des Urteils in Frage stellender Prozedurfehler, vgl. insbesondere § 318 (Belehrung des Angeklagten über Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts usw., entsprechend § 264 StPO.). Die Vorschriften dieses Paragraphen, die verhüten wollen, daß im Falle einer Klagbesserung trotz ungenügender Vorbereitung der Anklage oder Verteidigung verhandelt und entschieden wird, fordern entsprechende Anwendung.

2. Zu späte Bekanntgabe des Termins zur Hauptverhandlung an einen Angeklagten, der zu den Personen des Soldatenstandes des aktiven Heeres usw. gehört, § 266 Abs. 3, begründet einen Anspruch auf Aussetzung, es müßte denn der Angeklagte der Fristverkürzung zugestimmt haben, Abs. 4. Einem anderen zu spät, § 267 Abs. 2, geladenen Angeklagten steht das gleiche Recht zu, und er ist darüber auch vom Vorsitzenden zu belehren, § 275 Abs. 3 (eine Beschränkung der Belehrungspflicht, die schwerlich beabsichtigt, jedenfalls willkürlich ist).

3. Die Beweismittel des Klägers waren in der Strafverfügung zu bezeichnen. Für beide Teile gilt die Pflicht zu rechtzeitiger gegenseitiger Mitteilung von weiteren, nach Antrag zu vernehmenden Zeugen, Sachverständigen, zu benutzenden Beweisurkunden und den zu beweisenden Tatsachen und das Recht, Aussetzung zu beantragen bei zu später Bekanntgabe. Die gleiche Befugnis besteht, wenn Beweismittel auf Anordnung des Gerichts herbeigeschafft wurden. Vgl. §§ 300, 298 Abs. 3 (entsprechend § 245 StPO.).

4. Bei der Urteilsfällung ist das Gericht an den in der Strafverfügung enthaltenen Ausspruch in keiner Weise gebunden, § 355; hat doch mit dem Einspruche die Entscheidung sich erledigt. Es ist daher im Grunde mißverständlich, wenn in der Literatur dem Gerichte »reformatio in pejus« freigegeben wird; die Entscheidungsfreiheit besteht nach allen Seiten hin.

Sachurteil ist durch den Bestand der Prozeßvoraussetzungen bedingt. Das Gericht hat ihr Vorhandensein grundsätzlich selbständig und von Amts wegen zu prüfen.

Jedoch mit einer Ausnahme. Eine sehr anfechtbare Vorschrift der MStGO., § 329, bindet das Gericht an die Annahme personeller Zuständigkeit seitens des Gerichtsherrn. Somit ist dem Angeklagten in der Hauptverhandlung der Einwand personeller Unzuständigkeit abgeschnitten. Im Ermittelungsverfahren hätte er auf den Mangel hinweisen können, und es wäre dann vielleicht Abgabe an die zuständige Stelle, § 153 Abs. 4, erfolgt; Einwände aber, die eine Entscheidung bedingten, sind dem Inquisiten in diesem Prozeßabschnitt überhaupt nicht zugestanden (wenn von Ablehnung des Untersuchungsführers, § 130, abgesehen wird). Einspruch gegen die Strafverfügung, wodurch

diese in Klage gewandelt wird, kann den Gerichtsherrn zur Zurücknahme der Klage wegen Unzuständigkeit veranlassen. In der Hauptverhandlung aber ist die Aburteilung durch das unzuständige Gericht unabwendbar, und es liefert dieser Mangel auch nicht einen Anfechtungsgrund gegen das Urteil. Die erste und die folgende Instanz usw. haben diese Prozeßvoraussetzung als gegeben anzunehmen gemäß der Auffassung des Gerichtsherrn [76].

Dagegen ist mit dem Ausschlusse der Zuständigkeitsprüfung betreffs dieses Gerichtsherrn dem Gerichte keineswegs untersagt, zugleich einen anderen Gerichtsherrn für zuständig zu erachten, soweit eine Kompetenzkonkurrenz nach § 30 MStGO. in Betracht kommt. Hat der andere Gerichtsherr das Ermittelungsverfahren zuerst eröffnet, so gebührt ihm der Kompetenzvorzug, und diese Priorität muß trotz § 329 vom Gericht respektiert werden. Das Vorgehen des Gerichtsherrn, der von der Prävention betroffen worden ist, präjudiziert nicht dem Konkurrenten, und es kann nicht das Gericht des ersteren genötigt sein, einen Kompetenzkonflikt zu schaffen. Die Prävention wird öfters unzweifelhaft sein; schon deshalb ist die Frage nicht durch Hinweis auf § 36 (Entscheid in Zweifelsfällen zwischen den Gerichtsherren durch den gemeinsamen Vorgesetzten) zu erledigen. In diesem engen Rahmen steht denn zweifellos auch dem Angeklagten in der Hauptverhandlung zu, eine Prüfung der Zuständigkeitsfrage herbeizuführen.

Die Bemängelung der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts, die Berufung auf Rechtshängigkeit usw. ist dem Angeklagten unverschränkt.

Nur im Bereiche der personellen Zuständigkeit besteht die Bindung an die Annahme der Prozeßvoraussetzungen seitens des Gerichtsherrn. Kommt das Gericht in anderer Beziehung zu gegenteiligem Ergebnis, oder erachtet es eine Prozeßvoraussetzung als weggefallen, so ist das Verfahren durch Urteil oder Beschluß — nach den früher dargelegten Kriterien — einzustellen.

5. Ergibt sich endlich in der Verhandlung das Fehlen einer Urteilsvoraussetzung (gehörige Gerichtsbesetzung, Einhaltung der Vorschriften über die Öffentlichkeit usw.), und es läßt sich das Hindernis nicht noch alsbald beheben — es war z. B. versäumt worden, vor dem Beginne der Urteilsverkündung die Öffentlichkeit wiederherzustellen (§ 284 MStGO.); ein Verstoß, der durch unmittelbar sich anschließende, neue öffentliche Verkündung geheilt würde, — so muß die Verhandlung abgebrochen werden. Diesen technischen Ausdruck, der das beendigende Dekret gleichmäßig abscheidet von bloßer Aussetzung der Verhandlung und vom Abbruch des Verfahrens wegen Mangels der Vollmacht dafür, gebraucht MStGO. im § 52: Das

[76]) Über die Frage, ob personelle Unzuständigkeit unter bestimmten Voraussetzungen Vollmachtsmangel ergeben kann, vgl. oben V 1 b γ.

Kriegsgericht niederen Grades (§ 49), dem es nicht zusteht, auf die für erforderlich erachtete höhere Strafe zu erkennen, bricht die Verhandlung ab, weil es nicht nach Vorschrift der Gesetze gebildet ist [77]. Dieser Abbruch bedingt eine völlig neue Verhandlung. Ein trotz des Mangels ergangenes Urteil würde prozessual nichtig sein (vielleicht sogar ungültig, was bei Fehlern der Gerichtsbesetzung zutreffen kann).

6. Das Urteil ist, wenn nicht im Feld- oder Bordverfahren ergangen, mit Berufung anfechtbar, §§ 378, 419 MStGO. Der Gerichtsherr kann das Urteil im Strafmaße auch dann anfechten, wenn die Strafe ganz wie in der Strafverfügung bestimmt worden ist.

---

[77]) Ebenso hat ein nicht nach dem vorgeschriebenen Typ (gemäß dem Range des Angeklagten) gebildetes Kriegsgericht und das Reichsmilitärgericht, wenn die Besetzung des Senats nicht dem § 84 Abs. 2 entspricht, die Verhandlung abzubrechen.

Festgabe für Josef Kohler zum 9. März 1919
11. Beitrag

Der Beweisermittlungsantrag.

Von Rechtsanwalt Dr. Max Alsberg, Berlin.

I.

Von dem Beweisantrag hat Glaser[1]) einmal den Ausspruch getan, daß er das »wichtigste Parteirecht des Strafprozesses« sei, und das Reichsgericht hat sich dieser Wertung des Beweisantrages in einem Urteil des Dritten Senats vom 27. Februar 1911[2]) angeschlossen. In der Tat ist er das einzige Mittel, das die Partei hat, den Richter zu zwingen, bestimmte, ihr günstig erscheinende Gesichtspunkte wenigstens mit zu würdigen, sowie von ihr für bedeutungsvoll erachtete Beweise nicht, ohne sie abgewogen zu haben, beiseite zu lassen. So kann die Partei mit Hilfe des Beweisantrages einen Einfluß auf die Erstreckung der Wahrheitsermittlung des Gerichts und die Richtung seiner freien Beweiswürdigung gewinnen. Ja, darüber hinaus bietet ihr der Beweisantrag, soweit er als prinzipaler gestellt ist, eine Handhabe, um, wenn auch in begrenztem Maße, die Stellungnahme des Gerichts zur rechtlichen und tatsächlichen Bedeutung des bisherigen Beweisergebnisses in einem Zeitpunkt erkennen zu können, in dem eine Abänderung dieser Stellungnahme durch weitere Anträge und Ausführungen noch angestrebt werden kann.

Trotz dieser zentralen Stellung des Beweisantrages im Beweissystem des Strafprozesses hat das Recht des Beweisantrages in unserer Strafprozeßordnung eine eigentliche Regelung nicht gefunden. An zwei Stellen wird seiner allerdings Erwähnung getan. Zunächst in dem Abschnitt über die Vorbereitung der Hauptverhandlung. Dort ist im § 218 gesagt, was der Angeklagte zu tun hat, wenn er die Ladung von Zeugen oder Sachverständigen oder die Herbeischaffung anderer Beweismittel zur Hauptverhandlung verlangt. Er hat »unter Angabe der Tatsachen, über welche der Beweis erhoben werden soll, seine Anträge bei dem Vorsitzenden des Gerichts zu stellen«. Von der hierauf ergehenden Verfügung ist bestimmt, daß sie dem Angeklagten bekannt zu machen ist, des weiteren auch dem Staatsanwalt, sofern dem Antrage des Angeklagten stattgegeben ist. Danach begegnet uns das Institut des Beweisantrages nur noch im § 243 Abs. 2. »Es bedarf,« so wird hier für die Hauptverhandlung angeordnet, »eines Gerichtsbeschlusses, wenn ein Beweisantrag abgelehnt werden soll[3]).« Während

[1]) Handb. des Strafprozeßr. 1 410. [2]) Seufferts Blätter f. Rechtsanw. 76 479.

[3]) Mit dem § 243 Abs. 2 stimmt der § 298 MilStrGO. wörtlich überein. Was im § 218 StrPO. für die im Stadium der Vorbereitung der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträge gesagt ist, ist im wesentlichen vom § 269 MilStrGO übernommen.

im allgemeinen auf einen vom Angeklagten in der Hauptverhandlung gestellten Antrag das Gericht nur zu entscheiden hat, wenn der Angeklagte vom Vorsitzenden an das Gericht appelliert (siehe § 237 Abs. 2) [4]), steht hier — ebenso wie in dem Falle, in dem der Antrag auf Aussetzung gerichtet ist (§ 227) — die Entscheidung von vornherein lediglich dem Gericht zu.

Was das Gesetz in diesen Bestimmungen über den Beweisantrag und seine Behandlung sagt, erledigt nicht einmal die elementarsten Fragen. So sind Theorie und Praxis vor die Aufgabe gestellt worden, aus den der Strafprozeßordnung zugrunde liegenden Prinzipien die Lösung der Probleme zu finden. Daß die Theorie diese ihr zugefallene Aufgabe freudig aufgegriffen habe, wird niemand, mag er der Strafprozeßdoktrin noch so gern ein freundliches Wort sagen wollen, behaupten können. Was Oetker [5]) der Praxis des Reichsgerichts für den Ausbau des schwurgerichtlichen Prozesses bezeugt hat, gilt in erhöhtem Maße hier: sie hat weit mehr geleistet als die Doktrin. Aber wie überall, wo die Praxis auch den dogmatischen Ausbau zu übernehmen hat, tritt auch hier der Mangel hervor, daß sie, um praktisch unerfreuliche Konsequenzen zu meiden, leicht zu Begriffsbildungen gedrängt wird, die zu sehr dem Einzelfall angepaßt sind, der sie ins Leben gerufen hat. Solche Begriffsbildung wird dann leicht ein bequemes Hilfsmittel der täglichen Praxis und bürgert sich ein, ehe ein scharf umrissener Ausbau des neuen Begriffs geglückt ist. Das gilt für unseren Fragenkomplex insbesondere von dem Begriff des Beweisermittlungsantrages, dem so, wie er in der reichsgerichtlichen Judikatur festgelegt ist, um das Gebiet der beachtlichen Beweisanträge einzuschränken, Berechtigung und Folgerichtigkeit abgesprochen werden muß [6]).

II.

Will man mit wenigen Worten kennzeichnen, worin nach der Auffassung des Reichsgerichts das Wesen des Beweisermittlungsantrages zu finden ist, so kann man vielleicht kurz, wenngleich nicht genau [7]),

---

[4]) S. dazu meine Abhandlung »Leitung und Sachleitung im Civil- und Strafprozeß« in L. Z. 1914, S. 1169 ff.

[5]) Vorwort zu Bd. III von Glaser-Oetker, Handbuch des Strafprozeßrechts, Leipzig 1907.

[6]) Womit nicht gesagt sein soll, daß der Unterscheidung zwischen Beweisantrag und Beweisermittlungsantrag schlechthin jede Berechtigung abzusprechen sei. Aber der Unterscheidung muß — und darauf zielen die folgenden Ausführungen — eine festere Grundlage gegeben werden, und dabei muß der Umfang, in dem die Nichtbeachtlichkeit von Beweisermittlungsanträgen anerkannt werden kann, auf das richtige Maß zurückgeführt werden.

[7]) Eine präzise Definition des Beweisermittlungsantrages ist versucht unten S. 269.

sagen, daß das Reichsgericht unter Beweisermittlungsanträgen solche Beweisanträge versteht, die nicht das Beweismittel individualisieren, durch das der erhebliche Beweissatz bewiesen werden soll. Allerdings muß gleich hinzugefügt werden, daß sich diese Begriffsbestimmung nirgends in der Rechtsprechung des Reichsgerichts findet, ja, daß das Reichsgericht auf eine gründliche Klarlegung der Wesensmomente des Beweisantrages bisher durchaus verzichtet hat. Das Urteil, in dem der »Beweisermittlungsantrag« zuerst begegnet — die Entscheidung des Dritten Senats vom 27. November 1893 E. 24 S. 422 — hebt zur Charakterisierung des zur Nachprüfung der Revisionsinstanz gestellten Antrages in der Hauptsache Momente hervor, die sich auch bei Anträgen nachweisen lassen, die das Reichsgericht selbst als eigentliche Beweisanträge ansieht. Was die Entscheidung daneben über den Ermittlungscharakter des in Frage stehenden Antrages sagt, ist überaus wenig und jedenfalls weit entfernt davon, eine grundsätzliche Analyse des Wesens des Beweisermittlungsantrages zu bieten.

In dem betreffenden Fall hatte der Angeklagte in der von ihm redigierten Zeitung einem nicht näher bezeichneten Geistlichen eine bestimmte Äußerung in den Mund gelegt, weshalb er wegen Beleidigung der Geistlichen des Kreises unter Anklage gestellt wurde. In der Hauptverhandlung beantragte er Vorladung sämtlicher Geistlichen des Kreises zwecks Vernehmung darüber, ob nicht einer von ihnen die fragliche Äußerung getan habe. Der Antrag wurde abgelehnt, weil der Geistliche, der die Äußerung getan haben sollte, nicht bestimmt genug bezeichnet sei. Das Reichsgericht billigt diese Ablehnung, weil es sich um einen Beweisermittlungsantrag gehandelt habe. Dieses Ergebnis gründet es auf drei aneinander gereihte Beweisgründe. Der erste ist dieser: Die bestimmte Behauptung, daß ein Geistlicher des bezeichneten Kreises die fragliche Äußerung tatsächlich gemacht habe, sei aus der Behauptung des Angeklagten nicht zu entnehmen. Dem Sinne nach war das aber zweifellos die Verteidigungsbehauptung des Angeklagten; und auf den erkennbaren Sinn eines Antrages kommt es allein an. Der zweite der vom Reichsgericht angeführten Gründe ist folgender: Eine Beweisaufnahme sei nur dann geboten, wenn der Antrag selbst durch Angabe bestimmter Beweismittel den Richter dazu in den Stand setze. Die bestimmten Beweismittel waren aber die sämtlichen Geistlichen des Kreises; weshalb es nicht angängig sein soll, mehrere Zeugen zu benennen, wenn nach der Behauptung des Antragstellers nur e i n e r, den aber der Antragsteller zu bezeichnen noch nicht in der Lage ist, das Beweisthema bestätigen kann, war gerade darzulegen. An dritter Stelle verweist das Reichsgericht darauf, daß die von der Strafkammer angestellten Ermittlungen ein negatives Resultat gehabt hätten: es ergäbe sich weder daraus, noch

aus den Angaben des Angeklagten ein Anlaß, die Bestätigung dieses Resultats durch Anordnung der zeugeneidlichen Vernehmung der sämtlichen Geistlichen herbeizuführen. Darauf wäre zu erwidern, daß sicher die zeugeneidliche Vernehmung der sämtlichen Geistlichen ein mehr den Vorschriften der Strafprozeßordnung entsprechendes Beweismittel gewesen wäre, als nicht nachzuprüfende, jedenfalls ohne Eideszwang ausgeführte Recherchen. Gerade das negative Ergebnis dieser Recherchen bildet aber für das Reichsgericht den Hauptgrund, die Beweisablehnung zu billigen. Denn es folgert daraus, daß es dem Angeklagten »offenbar selbst nicht gelungen sei, irgendwelche Beweise für die Wahrheit der von ihm veröffentlichten beleidigenden Kundgebung zu ermitteln, so daß sein in der Hauptverhandlung gestellter Verteidigungsantrag sich überhaupt nicht als ein Beweisantrag im Sinne des § 243 Abs. 2 StPO., sondern nur als ein jeder Grundlage entbehrender Beweisermittlungsantrag darstelle«. Will man dieser Schlußfolgerung nicht den Gedanken unterlegen, daß der Angeklagte dem Gericht die Ermitthung der materiellen Wahrheit abnehmen müsse, so kann man in ihr nur eine Beweisablehnung wegen Nichternstlichkeit des Antrages, das heißt wegen Verschleppungsabsicht, erblicken. So besagt denn die besprochene, für die Behandlung der sogenannten Beweisermittlungsanträge grundlegend gewordene Entscheidung weder etwas Prinzipielles darüber, worin das Wesen des Beweisermittlungsantrages zu finden ist, noch darüber, was die Unbeachtlichkeit von Beweisermittlungsanträgen gegenüber eigentlichen Beweisanträgen rechtfertigen soll. Von dem, was das Urteil zur Kritik des gestellten Antrages sagt, gehört zum Thema »Beweisermittlungsantrag« eigentlich nur das, was über die mangelnde Bestimmtheit des angegebenen Beweismittels gesagt ist. Daß aber die Benennung eines größeren Personenkreises als Zeugen einem Beweisantrag nicht seine Bestimmtheit nimmt, selbst wenn aus dem Antrag zu ersehen ist, daß nur ein Teil der zu diesem Kreis gehörenden Personen Bekundungen zur Sache machen kann, hatte noch eine wenige Monate vor dem besprochenen Urteil ergangene Entscheidung des Ersten Senats anerkannt [8]).

Allen diesen Bedenken zum Trotz ist die besprochene Entscheidung im 24. Bande für die Behandlung sogenannter Beweisermittlungsanträge im Strafprozeß grundlegend geworden [9]). Die Rechtsprechnng

[8]) Vom 20. Mai 1893, J. W. 1893, S. 292, No. 13. Der Angeklagte hatte zum Beweise eines Vorgangs auf eine Kompagnie Soldaten Bezug genommen. Man darf wohl aus dem Urteil entnehmen, daß nur ein Teil der Soldaten als eigentliche Tatzeugen in Frage kamen und daß sich erst bei ihrer Vernehmung herausstellen sollte, wer von ihnen die Vorgänge beobachtet hatte.

[9]) In der offiziellen Sammlung begegnet das Problem eigentlich nur noch in dem Urteil des II. Sen. v. 26. Februar 1907, E. 40, S. 48, wo es zudem nur

des Reichsmilitärgerichts hat den Standpunkt des Reichsgerichts grundsätzlich angenommen. Der Rechtsprechung ist die Literatur, die dem Problem bisher nur wenig Beachtung geschenkt hat, teilweise gefolgt [10]). Auch in der Rechtsprechung der Zivilsenate des Reichsgerichts hat der Begriff festen Fuß gefaßt [11]). Auf diese Judikatur und ihre Berechtigung soll indes hier nicht näher eingegangen werden, denn die Stellung des Zivilrichters gegenüber dem Problem ist eine ganz andere als die Stellung des Strafrichters. Es ist denn auch bezeichnend, daß das Urteil des Sechsten Zivilsenats vom 20. Januar 1902 (JW. 1902 S. 166 Nr. 19) die freie Ablehnbarkeit solcher Anträge gerade damit begründet, daß der Zivilrichter keine inquisitorische Tätigkeit zu entfalten habe. Das kann vom Strafrichter, wie schon der § 243 Abs. 3 StPO. zeigt, nicht in gleicher Weise gesagt werden, und deshalb kann auch nicht zur strikten Ablehnung von sogenannten Beweisermittlungsanträgen auf dem Gebiet des Strafprozesses der Grundsatz herangezogen werden: die Beweiserhebung dürfe nicht zur Sammlung von Beweismaterial dienen. So reizvoll es danach auch sein mag, der Erstreckung des Begriffs des Beweisermittlungsantrages in der Rechtsprechung der Zivilsenate des Reichsgerichts nachzugehen: die aufgezeigte, unser Fragegebiet berührende grundsätzliche Verschiedenheit von Zivilprozeß und Strafprozeß läßt es angezeigt erscheinen, das Problem im folgenden zunächst einmal in Begrenzung auf den Strafprozeß zu behandeln.

III.

Da, wie schon gesagt, die Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts und auch des Reichsmilitärgerichts es versäumen, das Prinzipielle so herauszustellen, daß eine scharfe Abgrenzung der Beweisermittlungsanträge von den Beweisanträgen im Sinne dieser Recht-

---

gestreift wird. Die Billigung der Zurückweisung des in erster Instanz gestellten Antrages erfolgt hier vornehmlich aus dem Gesichtspunkt, daß die Anstellung seelenkundlicher Versuche stets dem freien Ermessen des Gerichts überlassen bleiben müsse. Zahlreiche unveröffentlichte oder in andern als der offiziellen Sammlung veröffentlichte Entscheidungen geben aber von der großen praktischen Bedeutung des Problems Kunde.

[10]) S. dieserhalb Löwe-Rosenberg zu § 243 sub 12, Stenglein zu § 242 sub 8, Miltner, Recht, 1902, S. 568, Oetker bei Glaser-Oetker, S. 694 Anm. 19. Dagegen Bennecke-Beling, S. 528 Anm. 15, Rosenfeld, § 82 Anm. 15, S. 288 und Gerland, GS. 69, S. 298, wobei die beiden Letztgenannten übersehen, daß nicht erst durch das Reichsmilitärgericht, sondern schon durch das Reichsgericht der Unterschied geschaffen ist.

[11]) S. z. B. VI. Zivilsenat vom 11. Juli 1904, Entsch. i. Zivils. 58 397, V. Zivilsenat v. 11. Mai 1907, Sächs. Arch. f. Rechtspflege 2 379, VI. Zivilsenat vom 20. Januar 1902, J. W. 1902, S. 166 No. 19.

sprechung erkennbar ist, wird man, um Klarheit über das Problem zu gewinnen, zunächst versuchen müssen, die Einzelfälle in Gruppen einzuteilen.

IV.

Eine Einteilung der uns in der Rechtsprechung entgegentretenden Fälle, in denen ein Beweisermittlungsantrag angenommen worden ist, dürfte folgende Typen ergeben.

1. Zunächst finden sich Fälle, in denen der Ermittlungscharakter des betreffenden Antrages darin gesehen werden konnte, daß sich erst bei der Produzierung des Beweismaterials herausgestellt haben würde, was davon zum Beweise der in concreto erheblichen Tatsachen dienen konnte, sei es, daß eine größere Anzahl von Personen als Zeugen benannt war, von denen, wie sich erst bei der Vernehmung ergeben konnte, nur einzelne etwas zur Sache hätten bekunden können [12]), sei es, daß die Herbeischaffung von Akten oder Büchern beantragt war, in denen der Antragsteller erst nach ihrer Vorlage diejenigen Teile bezeichnen konnte, die er zum Beweise benutzen wollte oder bezüglich deren er die Prüfung durch einen Buchsachverständigen forderte [13]).

2. Sodann finden sich Fälle, in denen man den Ermittlungscharakter des betreffenden Antrages darin erblicken kannte, daß zwar die Angabe der Beweismittel dem Erfordernis hinreichender Bestimmtheit genügte, die Angabe des Beweisthemas dagegen die Auffassung begründete, durch die Beweisaufnahme solle erst ermittelt werden, ob Tatsachen vorlägen, deren Vorhandensein möglicherweise zugunsten des Antragstellers spräche. Eine solche Auffassung ist unter Umständen schon daraus entnommen worden, daß nicht strikte behauptet war, die beantragte Beweiserhebung werde zu einem bestimmten Ergebnis führen, so daß das vom Antragsteller erhoffte Ziel der Beweiserhebung auch von seinem Standpunkt aus nur als ein vielleicht mögliches angesehen werden konnte [14]).

3. Wieder in anderen Fällen konnte der Ermittlungscharakter des betreffenden Antrages vielleicht daraus hergeleitet werden, daß die beantragte Beweiserhebung als Vorstufe weiterer Beweishandlungen gedacht war, wie in Fällen, in denen beantragt war: einen bestimmten Zeugen darüber zu hören, daß ihm von anderen Personen Angaben gemacht seien, welche die Einlassung des Angeklagten bestätigen

---

[12]) S. den Fall des V. Sen. v. 18. Mai 1909, J. W. 1909, S. 520 No. 27, wo beantragt war, die sämtlichen Bewohner einer Mietskaserne als Zeugen zu vernehmen, sowie den Fall des I. Sen. RMilGer. 22. Dez. 1904, R.MilGE. 8, S. 63, wo beantragt war, die sämtlichen, in einem bestimmten Jahre entlassenen Mannschaften einer Kompagnie als Zeugen zu laden, damit der Angeklagte den in Frage kommenden Mann herausfinden könne.

[13]) Feriensen. 29. Juli 1895, J. W. 1895, S. 570 No. 4.

[14]) Feriensen. 13. Sept. 1906, J. W. 1906, S. 792 No. 50.



würden [15]), oder: die Zeugen zur Angabe ihrer früheren Dienstherrschaften zu veranlassen, damit diese als Zeugen über ihre Glaubwürdigkeit geladen werden könnten [16]), oder: das Verbrecheralbum vorzulegen, um darin nach der Person zu suchen, mit der der Angeklagte verwechselt sein könne [17]), oder: durch die Polizei den Versuch zu machen, von zwei Zeugen herrührende Schriftstücke einzuziehen, um dieselben dem Sachverständigen zur Vergleichung und Begutachtung vorzulegen [18]), oder: eine Haussuchung vorzunehmen, um das Ergebnis der Haussuchung in der Hauptverhandlung zu verwerten [19]).

4. Endlich finden sich Fälle, in denen der Ermittlungscharakter des betreffenden Antrages unter dem Gesichtspunkt begründet werden könnte, daß die erforderte Beweiserhebung erst ein für den vorliegenden Prozeß zu benutzendes Beweismittel schaffen soll. So, wenn ein bestimmter, für die Glaubwürdigkeit eines Zeugen vielleicht erheblicher Versuch in Antrag gebracht war [20]), oder wenn Aussetzung des Strafverfahrens bis zur Erledigung eines Zivilprozesses beantragt war [21]).

V.

Die verschiedenartigsten Fälle von Beweisanträgen werden so in der Rechtsprechung von dem einen Begriff »Beweisermittlungsantrag« erfaßt. Neben Fällen, in denen ein beachtlicher Beweisakt lediglich von gewissen Komplikationen begleitet ist, stehen Fälle, in denen eine zunächst rein recherchierende oder experimentierende Tätigkeit von dem

---

[15]) Urt. d. II. Sen. RMilG. 9. Juni 1906, RMilGE. **10** 118.

[16]) (Unveröffentlichtes) Urt. d. II. Sen. v. 6. Oktbr. 1908 in Sachen gegen R. — 2. D. 830./1908 —.

[17]) II. Sen. 13. Juni 1911, Recht 1911, No. 2692.

[18]) III. Sen. 7. Nov. 1911, Seuff. Bl. f. RAnw. **73** 366.

[19]) Ein Urt. d. III. Sen. v. 24. Septb. 1906, Seuff. Bl. f. RAnw. **72** 159 operiert hier allerdings nicht mit dem Gesichtspunkt, daß der Antrag nur eine Beweisermittlung zum Gegenstand habe, billigt aber die Ablehnung des Antrages, weil er nur die Bedeutung einer Anregung habe. Das Urteil stützt sich hierbei auf die §§ 102 ff. StrPrO., nach denen die Durchsuchung unabhängig von einem Antrag des Beteiligten erfolge und den Zwecken der Strafverfolgung diene. Auf Grund des § 103 kann aber sehr wohl bei einer Person, gegen die kein Strafverfahren beabsichtigt ist, unter den in dieser Bestimmung angegebenen Voraussetzungen eine Durchsuchung stattfinden.

[20]) II. Sen. 26. Febr. 1907, E. 40, S. 48, sowie die in Warneyers Jahrb. (Strafr.) 6, S. 272 zit. Entsch. v. 7. Juni 1909, wo beantragt war, einen Zeugen zu beauftragen, zwei andere Zeugen nach X. zu führen, um dort festzustellen, in welchem Hause sie Sachen verkauft haben wollten. Aus dem Ergebnis dieser Beweiserhebung würden sich Schlüsse für die Glaubwürdigkeit der beiden Zeugen ergeben.

[21]) Ob die Entsch. d. I. Sen. v. 8. April 1911, Recht 1911 No. 1856 einen solchen Antrag als Fall eines Beweisermittlungsantrages angesehen wissen will, ist allerdings nicht völlig zweifelsfrei. Löwe-Rosenberg zu § 261 No. 3 bezeichnen jedenfalls einen solchen Antrag ausdrücklich als Beweisermittlungsantrag.

Richter erfordert ist, ohne daß ein greifbarer Anhaltspunkt dafür vorliegt, daß auf dem angegebenen Wege ein irgendwie verwertbares Beweismoment zu beschaffen ist.

Beschränkt in den zuletzt bezeichneten Fällen die Praxis das Recht der Partei, eine bestimmte Beweishandlung vom Richter zu fordern, so erscheint das begreiflich. Fehlt ersichtlich jeder Anhalt dafür, daß eine bestimmte Beweishandlung brauchbares Beweismaterial zutage fördert, so steht eine Ergänzungsmöglichkeit der Beweisaufnahme nicht in Frage. Geradezu eine Steigerung des zur Beweisablehnung völlig ausreichenden Grundes der Unerreichbarkeit des Beweismittels ist in solchen Fällen gegeben. Unter Umständen kann hier sogar die Ernstlichkeit des Beweisbegehrens angezweifelt werden; namentlich, wenn eingehende amtliche oder private Ermittlungen bereits erfolglos angestellt worden sind, oder wenn der Antragsteller solche ihm mögliche Ermittlungen bisher versäumt hat, obwohl deren Bedeutung ihm längst erkennbar gewesen sein muß.

Eine billigenswerte Beschränkung des Antragsrechts der Parteien liegt aber auch da vor, wo einem in Antrag gebrachten Versuch ein ausreichender Beweiswert nicht zukommen kann [22]), wobei auch zu beachten ist, daß, soweit ein Beweis anders als durch Zeugen, Sachverständige oder Urkunden geführt werden soll, ganz allgemein gewisse Abweichungen von dem Mitbestimmungsrecht der Parteien anzuerkennen sind. Wenn man schließlich geglaubt hat, zwecks Ablehnung eines Antrages auf Aussetzung bis zur Entscheidung eines Zivilprozesses einwenden zu müssen, ein solcher Antrag sei ein Beweisermittlungsantrag — so hätte es der Heranziehung dieses Gesichtspunktes schon deshalb nicht bedurft, weil die Ablehnbarkeit dieses Antrages sich bereits daraus ergab, daß die Feststellungen im Strafprozeß unabhängig von dem etwaigen Ergebnis eines Zivilprozesses zu treffen sind [23]).

VI.

Wir sehen also: in einer Anzahl von Fällen, in denen der angebliche Ermittlungscharakter des Antrages zu seiner Ablehnung herangezogen

[22]) S. z. B. den Fall des II. Sen. v. 26. Febr. 1907, E. 40, S. 48 (50), wo näher begründet ist, weshalb ein in Vorschlag gebrachtes Experiment, das einen Beobachtungsmangel bei einer Zeugin erweisen sollte, die Glaubwürdigkeit ihres Zeugnisses über eine bestimmte frühere Beobachtung nicht beeinträchtigen könne.

[23]) S. § 261 StrPrO. Inwieweit eine andere Auffassung geboten ist, wenn es sich um ein vor der Anklagetat liegendes Zivilurteil handelt, ist hier nicht zu prüfen. Allerdings nimmt Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, S. 216 ff., auch darüber hinaus eine Bindung des Strafrichters an. Eine eingehende Auseinandersetzung mit ihm ist im Rahmen dieser Arbeit nicht angängig.

ist, war die Ablehnung schon bei Beachtung der allgemeinen, bei Prüfung von Beweisanträgen maßgebenden Grundsätze gerechtfertigt. Des Gesichtspunktes der Ermittlungsnatur dieser Beweisanträge bedurfte es also nicht. Dieser Gesichtspunkt reichte zudem nicht aus. Beweisanträge können nicht schon deshalb als Beweisermittlungsanträge zurückgewiesen werden, weil sie Beweishandlungen fordern, bei denen sich erst herausstellen soll, ob bzw. wie die vom Antragsteller aufgestellten Behauptungen bewiesen werden können, oder ob weitere Tatsachen vorhanden sind, die das Vorbringen des Antragstellers stützen[24]).

Ist die Ermittlung der objektiven Wahrheit Ziel der strafrichterlichen Tätigkeit, so darf es den Richter nicht schrecken, wenn er nicht immer sogleich dieses Ziel, sondern unter Umständen zuerst eine Stufe vor diesem Ziel erreicht. Danach ist für das den Parteien in der Frage der Erstreckung der Beweisaufnahme eingeräumte Mitbestimmungsrecht zu sagen: es kann nicht auf die Fälle beschränkt werden, in denen die Partei in der Lage ist, Beweismittel und Beweisthema unmittelbar so zu bezeichnen, daß eine jede, die Beweiserhebung vorbereitende Tätigkeit unterbleiben darf.

Geht man von diesen prinzipiellen Gesichtspunkten in der Frage der Zulassung sogenannter Beweisermittlungsanträge aus, so kann es nicht schwer fallen, der Bedenken Herr zu werden, die aus den allgemein für Beweisanträge geltenden Grundsätzen gegen Zulässigkeit von Beweisermittlungsanträgen entnommen werden könnten.

1. Der erste Einwand, der sich hier zu ergeben scheint, ist der: die Erfordernisse in bezug auf die Substanziierung von Beweismittel und Beweistatsachen seien beim Beweisermittlungsantrag nicht erfolgt. Dieser Einwand kann indes nicht durchdringen. Ist nämlich das Gericht zu selbständigen Ermittlungen verpflichtet, wenn der Antragsteller Name und Aufenthalt eines Zeugen nicht genau angeben kann — und das ist der Standpunkt des Reichsgerichts[25]) —,

---

[24]) Mit diesem Satz wird zugleich eine Definition des Beweisermittlungsantrages gesucht. Sie erhält streng genommen drei Alternativen, von denen die Definition, die sich in der Rechtsprechung und Literatur findet, nur die eine Alternative berücksichtigt: »Wie die vom Antragsteller aufgestellten Behauptungen bewiesen werden können«. S. dieserhalb die Definitionen bei Löwe-Rosenberg, a. a. O., Miltner, a. a. O., RMilG. I. Sen. 22. Dez. 1904, RMilGE. **8** 63 (65), RMG. II. Sen. 16. Jan. 1913, RMilGE. **17** 248 (249). Wollte man aber alle die Fälle, die in der Rechtsprechung und Literatur als Beweisermittelungsanträge angesprochen werden, unter diesen Begriff fassen, so reicht nicht einmal die weitgehende Fassung der in unserm Text gegebenen Definition aus.

[25]) I. Sen. 23. Jan. 1882, R.spr. 4, S. 63; IV. Sen. 30. Sept. 1904, Recht 1904, No. 2359; IV. Sen. 22. Dez. 1911, Recht 1912, No. 532.

so kann es auch nicht prinzipiell unzulässig sein, einen Zeugen in der Weise zu benennen, daß Personen angegeben werden, bei denen die Zeugen, die ein rechtserhebliches Thema bestätigen sollen, in Erfahrung zu bringen sind. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, weshalb »ein ganz bestimmter Zeuge« bezeichnet sein soll, wenn erst durch polizeiliche Anfrage festgestellt werden muß, wer das als Zeugin benannte Mädchen ist, das in einer bestimmten Nacht in einem aus fünf bis sechs Häusern bestehenden Seitenweg abgebogen ist und von dem deshalb angenommen wird, daß es durchaus möglich ist, daß es in der Tat in einem dieser Häuser wohnt oder doch wenigstens genächtigt hat und deshalb dort bekannt ist [26]) — weshalb es aber an einer solchen »bestimmten Bezeichnung des Beweismittels« fehlen soll, wenn auf Personen Bezug genommen wird, denen von diesen zu bezeichnende Dritte bestimmte sachdienliche Angaben gemacht haben sollen [27]), über die diese Dritten danach vernommen werden könnten. Eine solche hinreichend bestimmte Bezeichnung eines Beweismittels ist aber auch anzunehmen, wenn ein genau umgrenzter Personenkreis angegeben wird, aus dem sich bei weiteren gerichtlichen Ermittlungen, eventuell bei Vorladung sämtlicher zu diesem Kreis gehörenden Personen ergeben wird, wer von ihnen den in Frage stehenden Sachverhalt bezeugen kann. Dabei kann auch nicht entscheidend sein, ob die Personenzahl, auf die sich der Antragsteller beruft, eine größere oder geringere ist. Das nimmt allerdings Oetker an, indem er sich zu der Auffassung bekennt: »Mit wachsender Ziffer der Alternativen geht schließlich der Beweisantrag in einen Beweisermittlungsantrag über« [28]. Eine begriffliche Differenzierung des Beweisermittlungsantrages vom Beweisantrag wäre hier überhaupt nicht möglich [29]); der Unterscheidung wäre damit auch jede grundsätzliche Berechtigung genommen.

Was aber des weiteren die Substanziierung der Beweistatsache angeht, so muß bei der Adhibierung eines Beweismittels die Erwartung genügen, daß seine Erforschung dem Antragsteller in bestimmter Richtung Beweismaterial schaffen werde. Eine ins Einzelne gehende Substanziierung der Beweistatsache kann deshalb nicht verlangt werden. Ihr Erfordern vom Angeklagten ist aber namentlich dann zu mißbilligen, wenn dieser nicht klar erkennen kann, wieweit das von ihm benannte Beweismittel im Sinne seiner Beweisbehauptungen benutzbar

[26]) RMilG. II. Sen. 16. Jan. 1913, RMilGE. **17** 248.

[27]) RMilG. II. Sen. 9. Juli 1906, RMilGE. **10** 118.

[28]) Allein in solcher Mehrzahl von Alternativen glaubt Oetker, a. a. O. das Wesen des Beweisermittlungsantrages zu sehen. Dabei bleibt indes die Fülle der verschiedenen Erscheinungen unberücksichtigt.

[29]) Das scheint Oetker, a. a. O., übrigens selbst insoweit zuzugeben, als er erklärt: »Eine bestimmte Grenzzahl existiert nicht«.



ist. Das ist namentlich dann der Fall, wenn ihm das Beweismittel bisher nicht zugänglich war: wenn er die vorzulegende Urkunde nicht gesehen, mit den abzuhörenden Zeugen nicht gesprochen hat. Stets muß beachtet werden, daß für den Angeklagten die Möglichkeit, Ermittlungen vorzunehmen, eine begrenzte ist [30]), und daß das Abstehen von einer der gerichtlichen Vernehmung vorangehenden privaten Befragung zwar nicht immer einer Vereinfachung des Verfahrens dient, wohl aber zuweilen eine Gefährdung der Wahrheitsermittlung verhütet. Ist der Antragsteller ein in Untersuchungshaft befindlicher Angeklagter, so sind derartige Vorermittlungen für ihn unter Umständen überhaupt unmöglich.

Speziell beim Urkundenbeweis sind die strengen Erfordernisse in bezug auf eine genaue Angabe von Beweismittel und Beweistatsache überhaupt undurchführbar, wenn nicht dieses Beweismittel Anträgen des Angeklagten in weitestem Umfange entzogen sein soll. Soll mit dem Antrag auf Prüfung der Handelsbücher kein genügend substantiiertes Beweisthema [31]), mit dem Antrag auf Beschlagnahme bestimmter Handakten kein genügend substantiiertes Beweismittel [32]) angegeben sein, so wird der Urkundenbeweis für den Angeklagten geradezu unbenutzbar. Das hat denn auch der Erste Senat gelegentlich [33]) anerkannt und einen Antrag: »die gegen einen Zeugen erwachsenen Strafakten zu erheben und ihren gesamten Inhalt zu verlesen,« insoweit für beachtlich erklärt, als die Akten herbeizuschaffen und dem Angeklagten zwecks Stellung der geeigneten Anträge zur Verfügung zu stellen gewesen wären. Trotzdem ist auf Grund dieses Urteils nicht einmal in Beschränkung auf den Urkundenbeweis ein grundsätzliches Abgehen des Reichsgerichts von seiner bisherigen Praxis in der Beurteilung der zwecks Beweisermittlungen gestellten Anträge zu erwarten. So hat z. B. ein späteres Urteil [34]) als einen »bloßen Beweisermittlungsantrag« und deshalb als unbeachtlich den Antrag bezeichnet, »die vom Bürgermeister Dr. H. bezeichneten Akten herbeizuschaffen und daraus festzustellen, daß die Eheleute C. sich wiederholt Dinge haben zuschulden kommen lassen, die sie jedes Vertrauens unwürdig erscheinen lassen müssen.« Gegenüber der Berufung auf die oben angeführte Entscheidung des Ersten Senats wendet das Reichsgericht ein, daß es sich um einen anders gearteten Fall gehandelt habe. Denn in jenem Fall sei anders als in diesem die Tatsache be-

---

[30]) S. auch III. Sen. 28. Dez. 1893, J. W. 1894, S. 109 No. 16.

[31]) Feriensen. 29. Juli 1885, J. W. 1895, No. 4; III. Senat 18. Febr. 1907, J. W. 1907, S. 559.

[32]) II. Sen. 15. März 1902, J. W. 1902, S. 579 No. 22.

[33]) Urteil vom 26. Mai 1910, Goltd. Arch. 58 184.

[34]) IV. Sen. v. 21. Okt. 1914 (unveröffentlicht) gegen L. — 4. D. 1031, 1914.

zeichnet worden, die durch die Verlesung bewiesen werden sollte. Wie sollte aber der Antragsteller weitergehend als geschehen die zu beweisende Tatsache bezeichnen, solange ihm nicht die Akten zur Verfügung standen? Mit einem Bericht des Bürgermeisters über den Inhalt der verschiedenen, dem Gerichte nicht vorliegenden Akten brauchte sich der Angeklagte nicht zu begnügen — steht es ihm doch sogar gegenüber Konstatierungen, die der Vorsitzende aus ihm vorliegenden Akten trifft, frei, die vollständige Verlesung zu fordern[35]).

Wir sehen jedenfalls: der Einwand ungenügender Substanziierung kann nicht prinzipiell der Berücksichtigung von Beweisermittlungsanträgen entgegengehalten werden, will man nicht das Recht der Parteien, die Erstreckung der Beweisaufnahme mitzubestimmen, ohne Rücksicht auf mögliche Härten weitgehendst beschränken. So ist die Rechtsprechung, wie wir eben sahen, selbst zu Konzessionen gezwungen, die — vielleicht besonders deshalb, weil sie sich nicht begrifflich umgrenzen lassen — die Undurchführbarkeit des starren Erfordernisses einer genauen Substanziierung von Beweisanträgen zeigen.

2. Ein zweiter Einwand, den man vielleicht gegen die Berechtigung sogenannter Beweisermittlungsanträge geltend machen könnte, dürfte der sein: die in solchen Fällen geforderte Beweishandlung habe im Verhältnis zum eigentlichen thema probandum ganz oder teilweise lediglich Hilfscharakter — »teilweise«, wenn sich z. B. erst bei der Vernehmung der Zeugen ergeben soll, welche von ihnen etwas zur Sache bekunden können; »ganz«, wenn mit Hilfe der durch die geforderte Beweishandlung zu ermittelnden Tatsachen erst zur Beweiserhebung über einen für die Entscheidung wesentlichen Punkt fortgeschritten werden soll. Indes: nur wenn der Hilfsbeweis im Strafprozeß ausgeschlossen oder seine Erhebung dem freien Ermessen des Gerichts überlassen wäre, könnte der Hilfscharakter dieser Anträge gegen ihre Berücksichtigung sprechen. Auf den Hilfsbeweis kann aber der Strafprozeß nicht verzichten. Unaufhörlich ist der Richter in die Lage versetzt, durch Befragung der Zeugen oder in sonstiger Weise zu erforschen, wie dieser oder jener Punkt festgestellt werden kann[36]).

---

[35]) S. Urt. d. III. Sen. v. 22. Mai 1905, J. W. 1905, S. 758, No. 9.

[36]) Wegen seines vorbereitenden Charakters wird also von diesem Beweis als von einem Hilfsbeweis gesprochen. Nur in einer ganz andern Bedeutung kann man vom Indizienbeweis als einem Hilfsbeweis sprechen. Die Beweiserhebung über Indizien hat nichts von vorbereitendem Charakter an sich. Von Hilfsbeweis kann man bei ihnen nur insoweit reden, als sie das Hilfsmittel sind, eine andere Tatsache zu erkennen. Weil so nur in einer gänzlich verschiedenen Bedeutung in beiden Fällen von Hilfsbeweis gesprochen werden darf, kann mit dem Hinweis auf die Beachtlichkeit des Indizienbeweises nichts für die Beachtlichkeit des Ermittlungsbeweises gefolgert werden. Insofern ist Gerlands Bekämpfung der Rechtsprechung der RMilG. in der Frage der Beweisermittlungsanträge nicht bedenkenfrei.

Den Parteien ist hierbei eine Mitwirkung keineswegs untersagt. Eine etwaige Beschränkung ihres Fragerechts in dieser Beziehung würde unzweifelhaft gegen die Vorschriften der §§ 239, 240 StPO. verstoßen. Deshalb fehlt es dabei schlechterdings auch an jeder rechtlichen Grundlage, Beweisanträgen der Parteien mit dem Einwand entgegenzutreten, daß von der ihnen begehrte Beweis nur Hilfscharakter habe.

VII.

Ist so der Beweisermittlungsantrag nicht schon seines, die eigentliche Beweisaufnahme lediglich vorbereitenden Charakters wegen ablehnbar, so wird man bei ihm dem Gericht doch nicht eine Vorprüfung nach der Richtung nehmen dürfen, ob die geforderte Beweishandlung geeignet ist, im Sinne der Behauptungen des Antragstellers Beweismaterial zu beschaffen. Ist eben, wie das bei Beweisermittlungsanträgen häufig der Fall ist, ersichtlich, daß der Antragsteller nicht besser als der Richter selber weiß, ob auf dem von ihm bezeichneten Wege weiteres Beweismaterial zu beschaffen ist, so muß die pflichtgemäße Entscheidung darüber, ob weiteres Beweismaterial auf dem bezeichneten Wege voraussichtlich zu erlangen ist, dem Richter überlassen bleiben. Das ist weit weniger als — wie das die herrschende Lehre in bezug auf Beweisermittlungsanträge behauptet — richterliche Freiheit gegenüber solchen Anträgen; und doch: eine Milderung des starren Zwanges, dem der Richter gegenüber Beweisanträgen im engeren Sinne unterliegt, ist hier nicht zu leugnen. Allerdings greift diese Milderung nicht hinaus über die Frage, ob in der vom Antragsteller behaupteten Weise überhaupt taugliches Material zu beschaffen ist; die Frage, ob dieses Material mit Rücksicht auf das bisherige Ergebnis der Beweisaufnahme beweislos erscheint, muß wie stets der Vorausbestimmung des Richters entrückt bleiben.

VIII.

Was so für Beweisermittlungsanträge zu sagen ist, muß im wesentlichen auch für Anträge gelten, die nicht einmal eine irgendwie bestimmte Beweishandlung fordern, sondern lediglich eine Aussetzung des Verfahrens zwecks Anstellung weiterer Ermittlungen [37]). Daß ein solcher Antrag durch Gerichtsbeschluß zu bescheiden ist, sagt schon der § 227 StPO., der in allen Fällen das Gericht, also nicht nur den Vor-

[37]) Solche Anträge werden häufig nicht hinreichend von Beweisermittlungsanträgen geschieden. Auch Miltner, a. a. O., unterscheidet hier nicht scharf genug, indem er zur Belegung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu Beweisermittlungsanträgen das Urt. d. IV. Sen. v. 26. April 1895, Goltd. Arch. **43** 113 zitiert, obwohl in jenem Fall lediglich eine Aussetzung behufs Anstellung weiterer Ermittlungen beantragt war.

sitzenden, entscheiden lassen will, in denen die Aussetzung des Verfahrens beantragt ist. Da die Gründe eines solchen Gerichtsbeschlusses nur dem Zweck des Strafverfahrens entnommen werden können, so ergibt sich auch weiter, daß, wenn die Aussetzung zur Ermittlung weiterer Beweise beantragt ist, das Gericht nur darauf sehen darf, ob Beweise im Sinne der Parteibehauptung des Antragstellers möglicherweise vorhanden sind [38]). So kann wiederum das, was für diese Anträge eigentlich unmittelbar aus dem Gesetz zu entwickeln ist, zum Beleg des oben für Beweisermittlungsanträge aufgestellten Hauptgrundsatzes mit verwertet werden.

---

[38]) Die in der vorigen Anmerkung zitierte Entsch. des RG. erklärt solche Anträge für frei ablehnbar. Dagegen hat ein Urteil des III. Sen. v. 19. Dez. 1889, J. W, 1890, S. 64 No. 16 das Urteil der Vorinstanz aufgehoben, obwohl nicht einmal die Tatsachen angegeben waren, für welche die erst zu ermittelnden Zeugen benannt waren. Nach der Auffassung des RG. hätte insoweit die richterliche Fragepflicht eingreifen müssen. Ein Urteil des RMilG., III. Sen. v. 25. Mai 1906, RMilGE. **10** 98 (106) hat ebenfalls in einem solchen Falle das Urteil der Vorinstanz aufgehoben, weil der Antrag als Beweisantrag durch einen zu verkündenden Beschluß hätte beschieden werden müssen. Während so das RMilG. hier die Rüge einer unzulässigen Beschränkung der Verteidigung im Sinne des § 400 Ziff. 8 MStPO. für statthaft hält, hat sie der I. Sen. desselben Gerichtshofs in einem Urteil vom 22. Dez. 1904, RMilGE. **8** 63 (65) für einen Beweisermittlungsantrag ausdrücklich für nicht gegeben erklärt. Ein Antrag auf Aussetzung zwecks Beweisermittlung kann doch aber keinesfalls mehr Beweisantrag sein als ein Antrag, in dem das Beweismittel, wenn auch nicht individualisiert (Kompagnie Soldaten), bezeichnet war.

Beginn der Strafvollstreckung gegen einen gemäß § 489 StPO. Verhafteten.

Vom Ersten Staatsanwalt, Geh. Justizrat **Olbricht**, Görlitz.

Starke Meinungsverschiedenheiten haben von jeher betreffs der Frage bestanden, von welchem Zeitpunkte ab die Strafzeit gegen einen Verurteilten zu berechnen ist, der zur Strafverbüßung sich nicht freiwillig stellt, sondern auf Grund eines gemäß § 489 StPO. erlassenen Haftbefehls verhaftet worden ist, wenn er nicht sofort nach der Festnahme in die zur Strafverbüßung bestimmte Strafanstalt eingeliefert werden konnte, sondern zunächst noch in einem anderen Gefängnisse untergebracht oder in Polizeigewahrsam behalten wurde. Es fragt sich dann, ob die Strafe schon von der Unterbringung in Polizeigewahrsam oder doch wenigstens der Einlieferung in das nächste Gefängnis oder erst von der Einlieferung in die zur Strafverbüßung bestimmte Anstalt zu berechnen sei. Da bis zur Einlieferung in letztere vom Zeitpunkt der Verhaftung ab öfters einige Zeit, mitunter viele Tage vergehen, ist die aufgeworfene Frage für den Verhafteten naturgemäß von größter Wichtigkeit. Erhöhte Bedeutung hat die Frage dadurch gewonnen, daß seit einiger Zeit, z. B. in Preußen, die Überführung verhafteter Personen in andere Gefängnisse regelmäßig im Wege des sogenannten Sammeltransports geschieht, der meist wöchentlich nur etwa zweimal stattfindet.

Nach der herrschenden Meinung (vgl. Löwe-Rosenberg Note 2 zu § 482 StPO. 14. Aufl.) soll nun in dem erwähnten Falle die Strafzeit erst vom Eintritt in die zur Strafverbüßung bestimmte Strafanstalt ab berechnet werden. Diese Ansicht hat namentlich ständig das Oberlandesgericht in München und später — bis in die neuere Zeit — das bayrische Oberste Landesgericht vertreten (vgl. Entsch. des Oberland-Ger. München **2** 187; **3** 446, 596; **4** 280, 463; **10** 66, 137; Samml. der Entsch. des bayr. Oberst. Landesger. in Strafs. **3** 407). Von besonderem Interesse ist der der letztgenannten Entscheidung zugrunde liegende Fall. Hier hatte der Schreiner Adolf J. eine fünfjährige Zuchthausstrafe im Zuchthause Kaisheim bis 12. Mai 1903, nachmittags 4 Uhr verbüßt und war im Anschluß daran auf Grund eines vom Staatsanwalt nach § 489 StPO. erlassenen Haftbefehls vom 17. März 1903 zur Verbüßung einer Gefängnisstrafe von 4 Monaten und 15 Tagen am 14. Mai 1903, nachmittags 2 Uhr 25 Minuten, in die Gefangenenanstalt in Lichtenau eingeliefert. Trotzdem sich also der Verurteilte

nach der Verbüßung der Zuchthausstrafe gar nicht auf freiem Fuße befunden hatte, wurde durch Entscheidung des Landgerichts gemäß § 490 StPO. der Beginn der Gefängnisstrafe auf den 14. Mai 1903, nachmittags 2 Uhr 25 Minuten, festgesetzt. Die Beschwerde des J. wurde vom Obersten Landesgericht in München durch Beschluß vom 18. Juli 1903 zurückgewiesen, weil

»Adolf J. nach der Verbüßung der Zuchthausstrafe auf Grund des nach § 489 StPO. vom Staatsanwalt erlassenen Haftbefehls verhaftet wurde, die Frage, ob die Verhaftung veranlaßt war, sich der gerichtlichen Prüfung entzieht, die auf Grund des § 489 a. a. O. verhängte Haft nicht eine Untersuchungshaft im Sinne des § 482 a. a. O. ist, und gesetzliche Vorschriften nicht bestehen, nach denen jene Haft auf die zu verbüßende Freiheitsstrafe anzurechnen ist« (folgen Zitate).

Auf demselben Standpunkt stehen die Beschlüsse des Kammergerichts vom 18. April 1895 (Goltd. 43 137) und des Oberlandesgerichts Cassel vom 18. Mai 1905 (Goltd. 52 267). Im ersteren Beschlusse ist zur Begründung ausgeführt:

»daß die — auf einem nach § 489 StPO. erlassenen Haftbefehle beruhende — Haft des Angeklagten bis zu seiner Einlieferung ins Strafgefängnis lediglich den Zweck hatte, den Antritt der Strafe, dem er sich bisher entzogen hatte, zu ermöglichen und zu sichern, als solche aber noch nicht die Eigenschaft der Gefängnisstrafe, wie sie im § 16 StGB. gesetzlich zum Ausdruck gebracht ist, erlangt hat; daß auch die Anrechnung einer zum Zwecke der Herbeiführung der Strafvollstreckung angeordnete Haft auf die zu vollstreckende Freiheitsstrafe nirgends zugelassen ist, vielmehr nach § 482 nur die Anrechnung der gerichtlichen Untersuchungshaft unter bestimmten Voraussetzungen vorgeschrieben ist.«

Die gleiche Ansicht vertritt auch das Oberlandesgericht Darmstadt. In den Beschlüssen vom 8. Januar, 4. September 1907 und 20. Juni 1912 (Jahrb. des Strafr. zum Recht 1908 S. 278; 1912 S. 184) wird dort ausgeführt: An sich beginne der Strafvollzug regelmäßig erst mit dem Eintritt in die im Einzelfalle zuständige Strafanstalt, und die Zeit der Vorführung, Verhaftung sowie des Transportes sei nicht zu berücksichtigen. Eine vom Verurteilten schon vor jenem Zeitpunkte erlittene Freiheitsentziehung könne auf die Strafe angerechnet werden, jedoch nur dann, wenn er ohne eigene Schuld der Freiheit beraubt war. Der Verurteilte, der seine Festnahme und Verschubung von einem anderen Ort nach dem Ort der Strafanstalt durch Ungehorsam gegen die Ladung zum Strafantritt verschuldet habe, habe keinen Anspruch auf Anrechnung der Strafzeit von dem früheren Zeitpunkt seiner Ver-

haftung an. Dies gelte auch dann, wenn er auf Grund eines Steckbriefs verhaftet und auf Anordnung der Strafvollstreckungsbehörde des Verhaftungsorts, die aber für den Strafvollzug gegen ihn nicht zuständig war, als Strafgefangener in das Gefängnis des Orts der Verhaftung aufgenommen wurde.

Endlich bemerkt zu der in Rede stehenden Frage Konietzko (Goltd. **52** 192): Die Vollstreckung des Haftbefehls (nämlich im Vorverfahren) unterscheide sich eben von der Strafvollstreckung. Das Urteil setze sowohl die Strafzeit als die Strafart fest. Letztere sei durch das Strafgesetzbuch festgelegt, durch landesgesetzliche Vorschriften näher bestimmt. »Daher kann nur diejenige Zeit, welche der Verurteilte in der vorgeschriebenen Art verbüßt — sofern nicht besondere gesetzliche Bestimmungen, wie z. B. §§ 482, 493 StPO. etwas anderes vorschreiben —, als Strafzeit angerechnet werden. Ebensowenig wie der freiwillig zurückgelegte Weg von der Wohnung des Verurteilten bis zur Strafanstalt zur Strafverbüßung gehört, kann, wenn der Verurteilte auf Grund des § 489 der Strafanstalt zwangsweise zugeführt wird, die Zeit von seiner Ergreifung bis zur Einlieferung in die Strafanstalt als Strafzeit angerechnet werden. Die Strafhaft ist stets von dem Antritt der Strafe, also von dem Zeitpunkt der Aufnahme in die Strafanstalt, zu berechnen.«

Ein in der Praxis vorgekommener Fall hat dann dem Bayrischen Obersten Landesgerichte Veranlassung gegeben, die früher vertretene Auffassung doch nicht mehr in voller Schärfe aufrechtzuerhalten.

Der zu einem Jahr Gefängnis verurteilte B. war aufgefordert worden, die Strafe in der Gefangenenanstalt Lichtenau anzutreten und, da er das nicht tat, auf Grund eines Haftbefehls am 21. Januar 1908, vormittags 8 Uhr, festgenommen und in das Gefängnis des Amtsgerichts Schillingsfürst eingeliefert worden. Von dort sollte er am nächsten Morgen nach Lichtenau überführt werden, wo er um $8^3/_4$ Uhr angekommen wäre. Die »Verschubung« unterblieb aber, weil sich herausstellte, daß B. mit einer Hautkrankheit (Krätze) behaftet war, und die Gefangenenanstalt in Lichtenau lehnte seine Aufnahme »bis zur Heilung der Krankheit« ab. B. wurde daher im Amtsgerichtsgefängnis in Schillingsfürst »bis zur Ausheilung« als »Schubgefangener« und »auf Grund des § 489 StPO. in Haft« behalten und erst am 7. Februar 1908, vormittags $8^3/_4$ Uhr, in die Gefangenenanstalt Lichtenau eingeliefert. Auf diesen Zeitpunkt setzte die zur Entscheidung angerufene Strafkammer den Beginn der Strafe fest. Auf erhobene Beschwerde entschied das Bayrische Oberste Landesgericht durch Beschluß vom 20. Januar 1909 — Samml. **9** 157 — folgendermaßen:

Der auf Grund des § 489 StPO. Verhaftete habe die Entziehung

der Freiheit, die mit der Festnahme und der Ausführung der angeordneten Zwangsmaßregel verknüpft sei, selbst verschuldet. Es läge in der Natur der Dinge, daß vom Augenblick der Vollstreckung des Haftbefehls bis zur Einlieferung in den Ort des Gefängnisses — je nach der Entfernung des Ortes der Festnahme vom Sitze des Gefängnisses, den Verkehrsverhältnissen zwischen diesen Plätzen, der Geschäftslage der sogenannten »Schubbehörden« u. dgl. — ein gewisser Zeitraum verstreiche. Übersteige dieser nicht die Frist, die »unter gewöhnlichen Verhältnissen und Umständen zur Ausführung einer Verschubung vom Orte der Festnahme bis zum Sitze des Gefängnisses erforderlich« ist, so müsse der Verurteilte sich die Freiheitsentziehung »als infolge seines Ungehorsams und seines Verhaltens gefallen lassen«, Es sei daher »grundsätzlich davon auszugehen, daß die bezeichnete Freiheitsentziehung nicht die Eigenschaft einer Strafe, und daß ihre Dauer — wenigstens in der Regel — auf die erkannte Strafe nicht anzurechnen ist, daß vielmehr in der Regel der Beginn der Strafe erst von dem Augenblick an zu berechnen ist, in dem der Verurteilte in den Ort der Strafvollstreckung eingeliefert ist«. Im vorliegenden Falle könne man aber nicht annehmen, daß die Verlängerung der »Schubhaft« des B. und die Verzögerung seiner Abführung nach Lichtenau über den 20. Januar 1908 hinaus in einem ursächlichen Zusammenhange mit den Gründen stehe, die zur Erlassung des Haftbefehls führten, und daß B. jene Verlängerung und Verzögerung schuldhafterweise herbeigeführt habe. Dann läge aber augenscheinlich eine unbillige Härte darin, wenn man die Dauer der Freiheitsentziehung, die B. in der Zeit vom 22. Januar bis 7. Februar 1908 erlitten hat, unberücksichtigt ließe. Allerdings sei vom Oberlandesgericht in München im Beschlusse vom 28. September 1885 (Entsch. 3 590) ausgesprochen worden, daß es »gleichgültig sei, ob sich das Verbringen ... aus dem Amtsgerichtsgefängnis in die Strafanstalt ohne Verschulden des Verurteilten verzögert«, aber diese Auffassung sei nicht zu billigen. Wenn auch auf einen Fall der schuldlosen Verzögerung der Ablieferung in die Anstalt die Vorschrift des § 482 StPO. und vorliegend die Vorschriften des § 493 StPO. nicht anwendbar seien, so »lägen doch die gesetzlichen Grundgedanken der §§ 482, 493 StPO. und des § 60 StGB., die vom Geiste des favor libertatis getragen sind, die Erwägung der analogen Anwendbarkeit nahe«. Wäre die Krankheit des B. erst am Tage der Einlieferung in die Gefangenenanstalt entdeckt, und wäre er erst in dieser der ärztlichen Behandlung unterzogen worden, so würde ohnehin die Berechnung der Strafzeit vom Beginn der Einlieferung an auf Bedenken nicht gestoßen sein. »Demnach sprechen erhebliche Gründe der Billigkeit dafür, daß die von B. ohne eine schuldhafte Veranlassung von seiner Seite im Amtsgerichtsgefängnis Schillings-

fürst zugebrachte Zeit bei der Berechnung der Strafe insoweit berücksichtigt wird, als er nach seiner am 21. Januar 1908, vormittags 8 Uhr, erfolgten Festnahme unter gewöhnlichen Verhältnissen in die Gefangenenanstalt Lichtenau hätte eingeliefert werden können. Die Einlieferung hätte ohne das Eintreten des Zwischenfalls am 21. Januar 1908, vormittags 8³/₄ Uhr, stattfinden können. Es war also in Anwendung des § 19 Abs. 1 StGB. zu beschließen, daß das Ende der Strafe auf den 22. Januar 1909, vormittags 8³/₄ Uhr, festzusetzen sei.«

Die gleichen Grundsätze vertreten zwei neuere Beschlüsse des Bayrischen Obersten Landesgerichts vom 23. Mai und 18. Oktober 1913 (Samml. 13 233 und 375) [1]).

Wenn schon in dem Beschlusse vom 20. Januar 1909 von den »Folgen des Ungehorsams«, die sich der Verurteilte gefallen lassen müsse, die Rede sei, so wird diese Begründung in aller Schärfe in dem von Westermann (im »Recht« 1911 S. 438) mitgeteilten oberlandesgerichtlichen Beschlusse zum Ausdruck gebracht. Hier war der zu 14 Tage Gefängnis verurteilte M., da er sich zum Strafantritt auf Ladung nicht gestellt hatte, auf Grund eines Haftbefehls in seinem Wohnort festgenommen und mit dem nächsten Sammeltransport in das zuständige Gefängnis gebracht worden. Vom Augenblick der Festnahme bis zur Einlieferung ins Gefängnis vergingen 3 Tage, während vom Orte der Ergreifung aus die Stadt, in der sich das Gefängnis befindet, »mit dem Bummelzug in 24 Minuten zu erreichen« ist. M. verlangte Anrechnung der 3 Tage auf seine Strafzeit, und das Landgericht gibt dem Verlangen statt. Auf Beschwerde des Staatsanwalts hebt das Oberlandesgericht den Beschluß auf und entscheidet, daß die 3 Tage nicht anzurechnen seien. Zur Begründung führt es an: »M. habe sich ungehorsam ge-

[1]) Im ersten Falle war ein Verurteilter »behufs Verschubung in das Strafvollstreckungsgefängnis München« von dem ihm gemäß § 489 StPO. festnehmenden Gendarm am 22. März, abends 9 Uhr, in das Amtsgerichtsgefängnis in W. eingeliefert, aber, da am 23. und 24. März Feiertage waren, erst am 27. März, vormittags 9 Uhr, im Gefängnis in München eingebracht worden. Das OberstLG. berechnete den Strafantritt vom 26. März, vorm. 9 Uhr, weil die Verschubung bereits am 25. März hätte angeordnet werden können, daher »außergewöhnliche Geschäftsverhältnisse der Verschubungsbehörde die Anordnung und den Vollzug der Verschubung schon am 26. März nicht verhindert haben«. — Im zweiten Falle hatte der Beschwerdeführer Z. in Breslau bis zum 17. Juli 1913 eine Gefängnisstrafe verbüßt und sollte dann auf Grund eines schon früher vom Staatsanwalt in Nürnberg gemäß § 489 StGB. erlassenen Haftbefehls in das Zellengefängnis Nürnberg eingeliefert werden, um dort eine gegen ihn erkannte Restgefängnisstrafe zu verbüßen. Er wurde erst am 7. August 1913 in das Zellengefängnis in Nürnberg eingeliefert, und erst von diesem Tage ab berechnete das Landgericht Nürnberg den Strafantritt! Auf Beschwerde berechnet das OberstLG. den Strafantritt vom 21. Juli, vorm. 7 Uhr 40 Min. an, da »die Verzögerung der Überführung ins Zellengefängnis vom Z. nicht verschuldet wurde«.



zeigt, dadurch, daß er der Aufforderung zum Strafantritt nicht gefolgt sei. Wenn bis zur Einlieferung in das Gefängnis 3 Tage verflossen seien, so sei dies die Strafe für den Ungehorsam. Die 14 tägige Strafe könne nur berechnet werden von dem tatsächlichen Antritt der Strafe, also vom Augenblicke der Einlieferung in das Gefängnis an.« Westermann erklärt diese Entscheidung für verfehlt. Nulla poena sine lege. Die Strafprozeßordnung gestatte als Maßregel für den Fall des Nichtantritts der Strafe nur den Erlaß eines Haftbefehls und Steckbriefs. Wäre der Verurteilte in dem Orte, wo das Gefängnis liegt, ergriffen worden, so hätte er ohne Zeitverlust ins Gefängnis eingeliefert werden können, wäre also nicht bestraft worden. Somit hinge die Strafe von Zufälligkeiten ab, was das Gesetz nicht beabsichtigen könne. Westermann beruft sich auch auf die Vorschrift des § 482 StPO., die entsprechend anzuwenden sei. Unerheblich sei, daß im Falle des § 482 StPO. der Verurteilte in einem Gerichtsgefängnis sich befinde und »in unserem Falle in polizeilicher Verwahrung«. Denn er sei mit dem Augenblick der Ergreifung in der Gewalt der Vollstreckungsbehörde, und hierauf allein komme es an.

Dementsprechend erkennt auch Löwe-Rosenberg (Note 2 zu § 482 StPO.) an, daß die praktische Durchführung der herrschenden Ansicht manche Härten mit sich bringe, besonders dann, wenn es sich um geringfügige Strafen handele und die Ablieferung ohne Verschulden des Verurteilten verzögert werde. Er bezieht sich dann auf den obenerwähnten Beschluß des Bayrischen Obersten Landesgerichts vom 20. Januar 1909, das in Ausnahmefällen den § 482 analog anwenden wolle, und fährt fort: »Richtiger wird es sein, allgemein den Grundsatz aufzustellen, daß der Strafvollzug mit der Ablieferung des Verurteilten in eine Strafanstalt beginnt, auch wenn dieselbe nicht die zuständige ist.«

Die gleiche Ansicht vertritt jetzt auch das Oberlandesgericht in Breslau in einem meines Wissens bisher nicht veröffentlichtem Beschlusse vom 10. Dezember 1913 (JW. 953/13). Der von einem preußischen Gerichte zu 5 Monaten Gefängnis verurteilte, in Dresden wohnhafte E. hatte diese Strafe (gemäß § 165 GVG.) im Gerichtsgefängnis in Görlitz zu verbüßen und war, da er sie auf Ladung nicht angetreten hatte, in Dresden am 3. November 1913 verhaftet und am 7. November 1913 in Görlitz eingeliefert worden. Das Oberlandesgericht setzte — im Gegensatz zu dem ersten Richter, der die Anrechnung der in Dresden verbrachten Zeit versagt hatte — den Strafbeginn auf den Zeitpunkt der Einlieferung ins Gefängnis in Dresden fest mit folgender Begründung:

»Der Verurteilte E. wurde am 3. November 1913, mittags 12 Uhr 30 Minuten, in das Gerichtsgefängnis in Dresden aufgenommen. Dies geschah bereits zu Zwecken der Strafvollstreckung auf Er-

suchen der Strafvollstreckungsbehörde. Deshalb muß die Strafzeit auch schon von jenem Zeitpunkt an gerechnet werden. Der Umstand, daß von vornherein beabsichtigt war, den Verurteilten nur vorübergehend im Gerichtsgefängnis in Dresden zu belassen, die weitere Vollstreckung im Gerichtsgefängnis zu Görlitz herbeizuführen, ändert nichts an dem Charakter der in Dresden verbrachten Haft als Strafhaft. Die in der Rechtsprechung mehrfach (vgl. u. a. Goltd. Archiv **43** 137; Entsch. des OLG. München **3** 595 und **10** 66) vertretene gegenteilige Ansicht beruht auf einer zu engen Auslegung der für die Strafvollstreckung maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften. Die sinngemäße Anwendung des in § 482 StPO. ausgesprochenen Grundsatzes führt vielmehr zu der hier vertretenen, dem Verurteilten günstigen Auffassung, der sich auch der Kommentar von Löwe in der neuesten 13. Auflage, Anmerkung 2 zu § 482 StPO. angeschlossen hat.«

Vorbehaltlos vertritt dieselbe Auffassung neuerdings Chrzescinski in der Deutschen Strafrechtszeitung 1918 S. 204 ff. Er geht davon aus, daß alle vor »Eintritt der Rechtskraft des Urteils erlassenen Haftbefehle selbständige Rechtsgrundlagen für die Freiheitsentziehung seien, die unabhängig von dem Urteile neben ihm beständen. Dagegen sei der gemäß § 489 StPO. erlassene Haftbefehl ein Ausfluß des Urteils, das selbst in ihm wirksam sei. Das Gericht habe das Maß der Freiheitsentziehung, das den Verurteilten treffen soll, endgültig bestimmt; von Zufälligkeiten dürfe dieses Maß nicht abhängig sein. Wo der Gesetzgeber die Dauer der Freiheitsentziehung der Einwirkung zufälliger Umstände habe entrücken können, sei dies geschehen; soweit es undurchführbar war, habe er die Härten gemildert, wie sich aus einer Vergleichung der Vorschriften der §§ 126, 123 Abs. 2 StPO., § 60 StGB. ergebe. Wenn ferner auch die nach Festnahme des ungehorsamen Verurteilten eintretende Haft keine Untersuchungshaft im Sinne des § 482 StPO. sei, so sei es doch unrichtig, die Anrechnung dieser Haft um deswillen nicht eintreten zu lassen, weil sie vom Gesetze nirgends vorgeschrieben sei. Viel eher sei anzunehmen, daß, wenn der Gesetzgeber die Anrechnung der Haftzeit nicht angeordnet habe, er eine solche Anwendung für überflüssig erachtet habe, weil der auf Grund eines Urteils erlassene Haftbefehl nichts anderes sei, als der Befehl, es zu vollstrecken, und die Einsperrung des Verurteilten nur für die festgesetzte Zeit rechtfertigen könne, aber für keine Minute länger. Die Anschauung, daß die Unterbringung in dem ersten besten Gewahrsam noch nicht Strafvollzug sei, setze auch voraus, daß feststehe, worin der Vollzug einer Gefängnis- oder Zuchthausstrafe bestehe. Das sei aber nicht der Fall. Zwar ziehe das Gesetz zwischen beiden eine scharfe Scheidungslinie, aber worin das Wesen des Strafvollzugs

in dem einen wie in dem anderen Falle bestehe, sage nicht nur das Gesetz nicht, es sei selbst auf Grund der Verwaltungsvorschriften nicht möglich, in klare Worte zu fassen, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Strafe als ordnungsmäßig vollzogene Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe anzuerkennen sei. Jedenfalls seien die Unterschiede nicht so groß, daß sie gegenüber der Freiheitsentziehung als das Ausschlaggebende betrachtet werden könnten. Wenn man einwende, daß die Unterbringung in einem Gefängnisse nie Vollziehung einer Zuchthausstrafe sein könne, so sei dies unrichtig; denn tatsächlich müßten vielfach Zuchthausgefangene vorübergehend Tage oder Wochen, z. B. aus Verwaltungs- oder sonstigen Gründen, in einem Gefängnisse verweilen, wo sie der Zucht und Hausordnung der Anstalt solange entzogen seien, ohne daß an der Notwendigkeit, diese Zeit anzurechnen, ein Zweifel bestände. Es fehle eben an einem Grunde, der die Notwendigkeit dartäte, die Strafvollstreckung erst von dem Augenblicke der Einlieferung im Strafort zu berechnen. Eine Freiheitsentziehung aber, die nicht aus dem Gesetz als geboten erwiesen werden könne, sei gesetzwidrig. Somit kommt Chrzescinski zu dem Leitsatze, daß

»die ganze, von der Unterbringung im nächstgelegenen Gewahrsam bis zur Ablieferung am Straforte verstrichene Zeit auf die Strafzeit angerechnet werden muß, weil die Unterbringung in diesem Gewahrsam nichts anderes als Vollziehung des Urteils ist«.

Der Gedanke, daß der gemäß § 489 StPO. erlassene Haftbefehl lediglich ein Ausfluß des Urteils sei und nichts anderes als der Befehl, dieses zu vollstrecken, ist zweifellos zutreffend. Man vergegenwärtige sich die Entstehung des Gesetzes.

In dem von der Regierung vorgelegten Entwurf zur Strafprozeßordnung war eine dem jetzigen § 489 entsprechende Vorschrift überhaupt nicht enthalten [2]). Erst in der Kommissionsberatung in der ersten Lesung wurde vom Abg. Struckmann beantragt, hinter den ebenfalls von der Kommission erst neu eingestellten § 411 a (jetzt § 488) als § 411 b aufzunehmen:

»Die Staatsanwaltschaft ist befugt, behufs Vollstreckung einer Freiheitsstrafe einen Vorführungs- oder Haftbefehl zu erlassen, wenn der Verurteilte auf an ihn ergangene Ladung zum Antritt der Strafe sich nicht gestellt hat oder der Flucht verdächtig ist.

Auch kann von der Staatsanwaltschaft zu demselben Zwecke

---

[2]) Die preuß. StrPO. für die neuen Provinzen vom 25. Juni 1867 (GesS. 933 ff.) bestimmt in § 433: »Zur Vollstreckung von Freiheitsstrafen können nötigenfalls alle diejenigen Maßnahmen ergriffen werden, welche behufs Vollziehung eines Haftbefehls statthaft sind. Der mit der Verhaftung des Verurteilten beauftragte Beamte kann in dessen Wohnung auch zur Nachtzeit (§ 96) eindringen.«



ein Steckbrief erlassen werden, wenn der Verurteilte flüchtig ist oder sich verborgen hält.«

Zur Begründung seines Antrags führte der Abg. Struckmann aus:

»Der erste Absatz solle zunächst klarstellen, daß der Staatsanwalt zum Zwecke der Strafvollstreckung einen Vorführungs- oder Haftbefehl zu erlassen befugt sei. Vielleicht lasse sich dies schon aus § 408 (jetzt 483 StPO.) herleiten. Zweifel könnten jedoch dadurch entstehen, daß nach dem Entwurfe die Erlassung eines Haftbefehls in dem Stadium der Untersuchung lediglich dem Gerichte zustehe. Sodann solle durch Absatz 1 erreicht werden, daß der Staatsanwalt nicht sofort mit Haft oder Vorführungsbefehl gegen den Verurteilten vorgehen, sondern denselben wenigstens regelmäßig zur Antretung der Strafe vorher laden lassen solle.

Der zweite Absatz stellte klar, daß der Staatsanwalt zum Zwecke der Strafvollstreckung Steckbriefe erlassen könne. Bei der Beratung über § 118 (jetzt § 131 StPO.) sei zwar dem Staatsanwalte dieses Recht entzogen worden, jener Paragraph beziehe sich aber, wie zurzeit festgestellt wurde, nur auf die Untersuchung und das Vorverfahren, nicht auch auf die Strafvollstreckung.«

Der Regierungsvertreter (Direktor v. Amsberg) erklärte darauf den vorgeschlagenen Absatz 1 für überflüssig weil der Staatsanwalt einen anderen Weg, als die Erlassung eines Vorführungs- oder Haftbefehls, überhaupt nicht habe und schon durch das vollstreckbare Urteil ausreichend legitimiert sei. Ebenso unnötig sei der Absatz 2, dessen Inhalt sich von selbst verstehe. Demgegenüber meinte der Abg. Struckmann:

»er könne nicht zugeben, daß sein Antrag überflüssig sei. Nach dem Entwurfe würde der Staatsanwalt ohne weiteres den Verurteilten vorführen zu lassen befugt sein. Die Beschränkung, die er vorschlage, lasse sich aus keiner Bestimmung des Entwurfes entnehmen.«

Bei der darauf erfolgenden Abstimmung wurde der Antrag Struckmann von der Kommission angenommen, ebenso demnächst in der zweiten Lesung der Kommission, sowie später in der zweiten und dritten Beratung im Plenum, nachdem als lediglich redaktionelle Änderung inzwischen noch der Absatz 3 hinzugefügt worden war, wonach die erwähnten Befugnisse im Falle des § 408 Abs. 3 auch dem Amtsrichter zustehen (vgl. Hahn, Materialien zur Strafprozeßordnung S. 1142, 1439, 1502, 1980 und 2100).

Hieraus ergibt sich, daß die Vorschrift des § 489 StPO. lediglich deshalb ins Gesetz aufgenommen worden ist, um zweifelsfrei darzutun, daß der zu einer Freiheitsstrafe Verurteilte regelmäßig zum freiwilligen Strafantritt aufgefordert werden muß, bevor seine zwangsweise Einlieferung angeordnet werden kann.



In den Motiven zu §§ 406 und 407 des Entwurfs zur Deutschen Strafprozeßordnung (jetzt §§ 481 und 482 des Gesetzes) heißt es, daß, da die Vollstreckung der Strafurteile erst nach Eintritt der Rechtskraft erfolgen solle und eine »vorläufige Antretung einer Freiheitsstrafe« ausgeschlossen sei, es zu Unzuträglichkeiten führen könne, wenn der Verurteilte sich in Haft befinde und das Urteil nur von der Staatsanwaltschaft mit einem Rechtsmittel angefochten wird. »Denn auch in diesem Falle würde die Strafe nur von dem wirksamen Antritt der Strafe angerechnet werden können,« dieser aber erst möglich werden, wenn über das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft entschieden ist. Deshalb enthalte der § 407 (jetzt § 482) im Interesse des verhafteten Verurteilten die Bestimmung, daß und wie in einem solchen Falle die nach Verkündung des Urteils erlittene Untersuchungshaft zur Anrechnung auf die Strafe gebracht wird (vgl. Hahn a. a. O. S. 292).

Staudinger sagt in seiner Taschenausgabe der Strafprozeßordnung zu § 482: »Die Regel ist, daß die Strafzeit erst vom wirklichen Antritt der Strafe, das heißt dem Eintritt in den Strafort an gerechnet wird. Mot. zu § 406 des BE.« Aus der oben mitgeteilten, allein in Betracht kommenden Stelle der Motive möchte nicht ohne weiteres herauszulesen sein, daß danach »der Eintritt in den Strafort« für den Antritt der Strafe entscheidend sein solle. Da aber Staudinger Mitglied der Bundeskommission zur Bearbeitung des Entwurfs der Deutschen Strafprozeßordnung gewesen ist, wird man annehmen können, daß die von ihm ausgesprochene Ansicht diejenige der Kommission wiedergibt, wenngleich weder aus den späteren Kommissionsberatungen, noch aus den Beratungen im Plenum irgend etwas hierüber enthalten ist. Immerhin hat doch aber, auch wenn in der Kommission die erwähnte Ansicht vertreten worden ist, diese im Gesetz keinen zweifelsfreien Ausdruck gefunden. Es dürfte daher zu fragen sein, ob Geist und Absicht des Gesetzes zu derselben Auffassung führt.

Jedes vollstreckbare Strafurteil enthält selbstverständlich zugleich für die Strafvollstreckungsbehörde die Ermächtigung zum — erforderlichenfalls — zwangsweisen Vollzuge der in ihm ausgesprochenen Strafe. Chrzescinski meint nun, mit dem Urteil habe das Gericht »das Maß der Freiheitsentziehung, das den Verurteilten treffen soll, endgültig bestimmt,« und dieser dürfe nur »für die festgesetzte Zeit, aber für keine Minute länger« eingesperrt werden. Der Richter erkennt aber doch nicht auf »Freiheitsentziehung« von etwa einem Jahre, sondern auf »ein Jahr Zuchthaus«, »ein Jahr Gefängnis« usw. und spricht damit aus, daß die erkannte Strafe in dem gemäß den Vorschriften der §§ 14 ff. StGB. hierzu bestimmten Anstalten nach den hierüber erlassenen Verwaltungsvorschriften vollstreckt werden soll. Demgemäß erklärt Fumian (in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1906 S. 116)

als den Begriff der Strafhaft im vorhergehenden Sinne »eine besonders gestaltete Freiheitsentziehung an hierfür bestimmten Orten«, und er fährt dann fort: »Daraus ergibt sich, daß eine andere Verwahrung nicht als Strafhaft gelten kann, z. B. die irrtümliche Aufnahme eines Strafgefangenen in Polizeigewahrsam.«

Man vergegenwärtige sich nun folgenden Fall: A. ist zu 6 Monaten Festungshaft verurteilt. Die Festungsstubenanstalt F., in der er die Strafe zu verbüßen hat, ist mehrere hundert Kilometer von seinem Wohnort entfernt, und die Reise dahin erfordert viele Stunden. Tritt er die Strafe freiwillig an, so muß er die Fahrt auf seine Kosten machen, vielleicht in einem Gasthofe übernachten und verliert dadurch, außer den aufgewendeten Kosten, einen Reisetag. Um die Kosten zu sparen — vielleicht fehlen ihm auch die Mittel —, wartet er seine Verhaftung ab. In seinem Wohnort W. befindet sich kein Gerichtsgefängnis. Der Staatsanwalt ersucht die Polizeibehörde des Wohnorts, den A. zu verhaften und in die Festungsstubenanstalt einzuliefern. Die Polizei verhaftet den A. am 1. Oktober abends, bringt ihn in Polizeigewahrsam unter und schafft ihn am nächsten Tage — 2. Oktober — mittels des regelmäßig verkehrenden Sammelwagens in die bestimmte Anstalt F., wo er am Abend eintrifft. Vielleicht werden aber Festungsgefangene nur bis 6 Uhr abends aufgenommen, so daß A. die Nacht im Polizeigewahrsam in F. untergebracht werden muß und erst am anderen Morgen — 3. Oktober — in die Anstalt eingeliefert wird.

Von welchem Zeitpunkt ab ist nun Strafantritt zu berechnen? Nach Chrzescinski, der ja die ganze, von der Unterbringung im »nächstliegenden Gewahrsam« bis zur Ablieferung am Straforte verstrichene Zeit anrechnen will, zweifellos vom 1. Oktober abends, da ja das Polizeigefängnis in W. als ein solcher »Gewahrsam« angesehen werden muß. Ebenso nach Westermann, der ja auch die »polizeiliche Verwahrung« anrechnen und sogar schon den »Augenblick der Ergreifung« entscheiden lassen will. A. hätte demnach infolge seines Verhaltens zwar die Unannehmlichkeiten der zwangsweisen Einlieferung zu tragen gehabt, dafür aber den Vorteil, daß er die Reise auf Staatskosten gemacht hat und obendrein noch die Zeit vom 1. Oktober abends bis 2. Oktober abends oder gar 3. Oktober früh als Strafzeit angerechnet erhält, welche Zeit er im Falle des freiwilligen Strafantritts verloren hätte. Ebenso würde natürlich die Sache liegen, wenn A. zu einem Jahre Zuchthaus verurteilt worden wäre, bei der Urteilsverkündigung ausnahmsweise auf freiem Fuße belassen worden wäre und der Aufforderung zum freiwilligen Antritt der Strafe in der räumlich weit entfernten Strafanstalt keine Folge geleistet hätte.

Ob das Gesetz eine derartige Berechnung des Strafantritts gewollt hat, wird doch füglich zweifelhaft sein können.

Der Staat hat, wie er im Interesse des rechtssuchenden Publikums die Gerichte, namentlich die von diesem in erster Reihe in Anspruch genommenen Amtsgerichte, so zahlreich und örtlich derart eingerichtet hat, daß sie von der umliegenden Bevölkerung möglichst bequem und ohne viel Zeitverlust erreicht werden können, so auch bei den Amtsgerichten regelmäßig Gefängnisse eingerichtet, in denen wenigstens die geringeren Strafen auch verbüßt werden können. Für jeden Verurteilten wäre es naturgemäß das einfachste, wenn er jede gegen ihn erkannte Strafe in dem nächstgelegenen Amtsgerichtsgefängnisse verbüßen könnte. Dies ist jedoch mit Rücksicht auf die örtlichen Verhältnisse und im Interesse einer ordnungsmäßigen Strafvollzugs nicht durchführbar; es werden vielmehr die höheren Gefängnisstrafen in besonderen, hierzu bestimmten Gefängnissen und die Zuchthausstrafen in regelmäßig nur für solche bestimmten Zuchthäusern [3]) vollstreckt. An sich wird man es nun z. B. für einen Angeklagten, der von der Strafkammer hat Recht nehmen müssen und dort zu Gefängnisstrafe verurteilt ist, kaum als eine besondere Belastung bezeichnen können, wenn er die ihm zuerkannte Strafe in dem am Sitze des Landgerichts befindlichen Gefängnisse (was vielfach der Fall sein wird) verbüßen und sich zu diesem Zwecke dorthin begeben muß. Tut er dies freiwillig, so kann ihm selbstverständlich der Strafantritt erst mit dem Eintritt in das Gefängnis angerechnet werden. Tut er es nicht freiwillig, muß er vielmehr verhaftet und zwangsweise in das bestimmte Gefängnis eingeliefert werden, so würde er sich an sich kaum beschwert fühlen können, wenn ihm auch erst mit dem Eintritt ins Gefängnis der Strafantritt gerechnet wird. Es erscheint daher an sich wohl verständlich, wenn die herrschende, namentlich von den meisten Oberlandesgerichten und auch dem Bayrischen Obersten Landesgerichte vertretene Ansicht grundsätzlich den Strafantritt erst vom Eintritt in die zuständige Strafanstalt ab berechnen will.

Vielfach liegt nun aber auch im Bezirke einer Strafkammer nicht das Gefängnis, in dem der Verurteilte die erkannte Strafe verbüßen kann. Hierzu ist vielmehr von der Justizverwaltung ein vom Wohnorte des Verurteilten weit enferntes »Zentralgefängnis« bestimmt (bei Zuchthäusern wird das sogar meist der Fall sein). Oder auch aus sonstigen fiskalischen oder auch anderen Gründen kann der Verurteilte die Strafe nicht in einem in der Nähe gelegenen Gefängnisse verbüßen. Hierzu gehört z. B. die Vorschrift des § 163 GVG., wonach nur Freiheitsstrafen, die die Dauer von 6 Wochen nicht übersteigen, in demjenigen Bundesstaate zu vollstrecken sind, in dem der Verurteilte

[3]) In Preußen umfaßt übrigens der Ausdruck »Strafanstalt« jetzt »sämtliche dem Justizminister unterstellten Gefängnisse und Zuchthäuser«. Fußnote auf S. 339 des JustMinBl. 1918.

sich befindet, längere Strafen dagegen in dem Staate, in dem die Strafe erkannt ist. Diese Bestimmung beruht auf der Erwägung, daß »die Vollstreckung von längeren Freiheitsstrafen eine Last ist, deren Übernahme einem Staate auf Grund eines in einem anderen Staate ergangenen Straferkenntnisses nicht zugemutet werden kann« (Mot.). Es liegt auf der Hand, daß auf Grund dieser Vorschrift öfters Freiheitsstrafen in Anstalten vollstreckt werden müssen, die vom Wohnort des Verurteilten vielleicht Tagereisen entfernt sind. Man denke z. B. an einen in Hamburg Verurteilten, der in Bayern wohnt. In solchen Fällen liegt an sich schon eine große Härte darin, daß der Verurteilte seine Strafe nicht in dem Staate seines Aufenthaltsortes verbüßen kann; diese Härte wird noch empfindlicher, wenn er zwangsweise in das weit entfernte Strafgefängnis gebracht wird und ihm erst vom Eintritt in dieses die Strafe berechnet wird. Erfahrungsgemäß ersuchen in solchen Fällen die Strafvollstreckungsbehörden zumeist das dem Aufenthaltsort zunächst gelegene Amtsgericht, den Verurteilten vorläufig aufzunehmen und demnächst — geeignetenfalls mittels Sammelwagens — in das zuständige Strafgefängnis einzuliefern [4]). Dann ist es aber meines Erachtens jedenfalls geboten, den Strafantritt schon von der Einlieferung ins erste Gerichtsgefängnis ab zu berechnen. Zwanglos wird die hier zugebrachte Zeit stets — auch wenn es sich um Zuchthaus handeln sollte — als Strafhaft [5]) anzusehen sein, wie

---

[4]) Nach Stübler (Wesen und rechtliche Grundlage der Transporthaft, in der Württemb. Zeitschr. für Rechtspflege u. Verw. 1912, S. 79) besteht in Württemberg sogar anscheinend »in weitem Maße« die Praxis, den zu einer nicht im Gerichtsgefängnis zu verbüßenden Freiheitsstrafe Verurteilten zum Antritt der Strafe »vor die Staatsanwaltschaft bzw. vor das Amtsgericht laden zu lassen, um von hier aus den Transport desselben zur Strafanstalt zu bewerkstelligen«. Zum Zwecke dieses Transportes könne es mitunter notwendig werden, daß der Verurteilte längere Zeit in Gewahrsam der Justizbehörden gehalten wird, daß er unter Umständen im Amtsgerichtsgefängnis nächtigen muß, und daß er vielleicht mehrere Tage während des Transportes wenigstens tatsächlich seiner Freiheit beraubt erscheint. Stübler hält es für selbstverständlich, daß eine Anrechnung dieser »Transporthaft« auf die zu verbüßende Freiheitsstrafe nicht stattfinde, da die Strafvollstreckung erst im Zeitpunkte der Einlieferung bei der betreffenden Strafanstalt beginne. Er meint aber, »de lege ferenda« müsse die Frage aufgeworfen werden, ob es nicht gerechtfertigt wäre, diesen »bestehenden Rechtszustand« zu ändern. Er schlägt vor, »den Justizverwaltungen ausdrücklich das Recht vorzubehalten, den Verurteilten vor die Strafvollstreckungsbehörde zu laden mit der von Gesetzes wegen eintretenden Wirkung, daß mit der Stellung vor dieser Behörde der Vollzug der Strafe seinen Anfang nimmt.« Dadurch würde, wie er meint, nicht nur die Rechtslage an Klarheit gewinnen, sondern es würde auch die Behandlung für die Justizverwaltung einfacher und für den Verurteilten nicht mit Härten verbunden sein, die »bei der derzeitigen Rechtslage« nicht leicht zu umgehen seien.

[5]) Stenglein sagt in der Fußnote zu § 482 StPO. (1. Aufl.): »Es kam der Fall vor, daß der Staatsanwalt eine zur Fortsetzung einer in einer Strafanstalt

es in dem oben S. 280 mitgeteilten Falle zutreffend das Oberlandesgericht Breslau getan hat. Und das gleiche hat folgerichtig allgemein in allen Fällen zu gelten, wo der Verurteilte nach seiner Verhaftung zunächst in ein anderes als das zuständige Gefängnis gebracht ist.

Mit Recht hat sich daher gegen den obenerwähnten Beschluß des Bayrischen Obersten Landesgerichtes vom 18. Juli 1903 schon Käb (in Seuff. Blätter für Rechtsanwendung **71** 56 ff.) gewendet. Er führt aus, die dort ausgesprochene Ansicht wäre nur insofern richtig, als »die Zeit, welche von der Verhaftung des Verurteilten bis zur Aufnahme in das Gefängnis, in welches er eingeliefert wird, verfließt, auf die zu verbüßende Strafe nicht angerechnet wird«. Anders sei es bezüglich der Zeit, die der Verurteilte nach seiner Verhaftung und auf Grund derselben in einem Gefängnis verbringt, »auch wenn dies nicht gerade dasjenige ist, in welchem er nach den bestehenden Vorschriften seine Strafe zu erstehen hat,« wenn also z. B. die Einlieferung in ein Amtsgerichtsgefängnis erfolge, während die Strafe im Landgerichtsgefängnis oder in einer Strafanstalt zu verbüßen und der Verurteilte daher dorthin »zu verschoben« sei. Allerdings sei die Zeit von der Einlieferung in das Amtsgerichtsgefängnis bis zur Ablieferung in das eigentliche Strafgefängnis keine Untersuchungshaft im Sinne des § 482 StPO., auch beständen ausdrückliche Vorschriften darüber, ob und in welchem Umfange die auf Grund des § 489 StPO. verhängte Haft auf die zu vollstreckende Strafe anzurechnen sei, nicht. Allein es komme nicht darauf an, ob ausdrückliche Vorschriften eine derartige Anrechnung gebieten, sondern darauf, ob ausdrückliche Vorschriften eine Nichtanrechnung gestatten. Denn eine Entziehung der persönlichen Ereiheit durch Haft sei doch nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zulässig. Die deutsche Strafprozeßordnung kenne aber nur drei Arten von Haft: Polizeihaft — auf Grund vorläufiger Festnahme —, Untersuchungshaft — auf Grund richterlichen Haftbefehls — und Strafhaft — auf Grund rechtskräftigen Strafurteils —. Da in den hier fraglichen Fällen Haftbefehle zum Zweck der Vollstreckung rechtskräftiger Strafurteile vorlägen, so könne die auf Grund dieser Haftbefehle vollzogene Haft weder Polizei- noch Untersuchungshaft sein, aber sie sei eben Strafhaft, ihre Anrechnung auf die erkannte Strafe verstehe sich daher von selbst; denn die nach § 489 StPO. zulässige »Verhaftung« habe doch jedenfalls mit der Ablieferung in ein Gefängnis, gleichviel in welches, also mit dem tatsächlichen Beginne der »Haft« ihr Ende erreicht. Die so Verhafteten seien in der gleichen Lage wie diejenigen,

---

zu verbüßende Strafe sich meldende Person einstweilen im Landgerichtsgefängnisse unterbrachte. Das OLG. München (bayr. Entscheid. II, 137) verweigerte die Anrechnung. Entweder war aber diese Haft Strafhaft oder eine rechtswidrige Freiheitsentziehung. Zu einem Dritten fehlt der Rechtsgrund.«

welche vom Beginn der Strafhaft in Untersuchuugshaft saßen. Der innere Grund für die Anrechnung der Untersuchungshaft nach § 482 StPO. sei doch zweifellos der, daß eben, vom Standpunkte des Verurteilten aus gesehen, bereits die Strafhaft beginnen könne. Um so weniger bestehe hier, wo stets ein bereits rechtskräftiges Urteil vorliege, eine Veranlassung, den Beginn der Strafzeit im Widerspruche mit den tatsächlichen Verhältnissen, lediglich aus formellen juristischen Bedenken wegen Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung, künstlich hinauszuschieben.

Die gegenteilige Ansicht legt meines Erachtens ein zu großes und entscheidendes Gewicht auf die Verbringung an den Strafort selbst und trägt den Charakter, den doch z. B. der Aufenthalt in jedem Gefängnis für den Verurteilten hat, nicht genügend Rechnung. So sagt z. B. Fumian, der sich neuerdings der herrschenden Ansicht angeschlossen hat, a. a. O. S. 117 bei der Besprechung des Haftbefehls nach § 489 StPO.:

»Diese Haft ist keine Untersuchungshaft (siehe die §§ 482, 112 ff. StPO.), die anrechnungsfähig wäre. Aber auch von einer Strafhaft ist nicht die Rede. Deshalb findet in der Regel keine Anrechnung statt (OLG. München **10** 66).

1. So wird als Strafhaft nicht angerechnet die Zeit von der Verhaftung nach § 489 a. a. O. bis zur Einlieferung an den Strafort, gleichviel
   a) ob sie auf den Transport allein entfällt oder aber auch inzwischen eine Verwahrung in einem anderen Gefängnisse oder etwa einem für kranke Gefangene bestimmten Gefängnisse erfolgt (OLG. München **3** 596; **10** 146);
   b) ob der Verhaftete sich vorher auf freiem Fuße befand, sich zum Strafantritt meldete, aber mangels eigener Barmittel in die Strafanstalt verschubt werden mußte (desgl. **3** 446; **2** 137) oder
   c) von einem Strafort an den anderen überstellt wurde (desgl. **4** 280; 469; Bay. Oberst. LG. **3** 407) oder endlich
   d) vom Arbeitshaus in eine Strafanstalt verbracht wurde (OLG. München **4** 464).
2. Angerechnet wird dagegen u. a.
   a) die Zeit, die — ohne daß ein Haftbefehl nach § 489 StPO. vorliegt — ein Verurteilter auf dem Transporte aus einer Strafanstalt in eine andere zur Verbüßung einer weiteren Freiheitsstrafe zubringt; es wird so angesehen, als ob die zweite Strafe sich unmittelbar an die erste angeschlossen hätte.

Dieser Fall und der unter 1 c berühren sich; der wesentliche Unterschied liegt darin, daß dort ein Haftbefehl nach § 489 StPO. erlassen wurde (OLG. München **3** 431; Bay. Oberst. LG. **1** 112) . . .«

Einen inneren Grund, warum hier die Fälle zu 1c und 2a unterschiedlich behandelt werden, je nachdem ein Haftbefehl aus § 489 StPO. erlassen ist oder nicht, vermag ich nicht zu erkennen, zumal doch ein solcher Haftbefehl, wie obon dargetan ist, eine selbständige materielle Bedeutung überhaupt nicht hat. Zudem lagen in den Fällen 1 b und 1 d — anscheinend auch in dem Falle 1 c — die Voraussetzungen für einen Haftbefehl aus § 489 StPO. wohl überhaupt nicht vor. Die herrschende Ansicht hält eben noch zu sehr an dem Gedanken fest, als ob es vor der Einlieferung in den Strafort eine Strafhaft niemals geben könne. Schon Kress (in der Zeitschr. f. Rechtspfl. i. Bay. **2** 413, 415) bekämpft diesen Gedanken und führt zutreffend aus, daß der Satz, es gäbe eine »Strafhaft«, »Strafverbüßung« auch außerhalb der zur Verbüßung der erkannten Strafe bestimmten Anstalt, »gar nichts Außergewöhnliches, den Prinzipien unseres Prozeßrechts Widerstreitendes« sei, wie sich z. B. auch dann zeige, wenn ein Verurteilter, der in einer Gefangenenanstalt seine Strafe verbüße, ohne Unterbrechung des Strafvollzugs in ein auswärtiges »Untersuchungsgefängnis«, etwa zu dem Zwecke neuerlicher Aburteilung überführt werde, wo doch unbestritten die Verbüßung der Strafe weitergehe.

Rechnet man in solchen Fällen den Strafantritt von der Einlieferung in das erste Gefängnis an, so werden auch Berechnungen vermieden, die — wie die obenerwähnte des Bayrischen Obersten Landesgerichts — von einer gewissen Willkürlichkeit nicht frei sind.

Pflichtet man hier der vertretenen Auffassung bei, so fragt es sich schließlich noch, ob dieselbe Beurteilung Platz greift, wenn der Verurteilte, anstatt im Gefängnis, im Polizeigewahrsam untergebracht war, bis seine Weiterbeförderung ins Strafgefängnis erfolgte.

Ich möchte diese Frage grundsätzlich verneinen. Denn im Gerichtsgefängnisse (wie in jeder ähnlichen Strafanstalt) befindet sich der Verurteilte in einem, unter staatlicher Kontrolle stehenden, zur Vollstreckung staatlich erkannter Strafen bestimmten Gewahrsam, in dem er, wenn nicht Verwaltungsvorschriften entgegenstehen, zwecks weiteren Vollzugs, z. B. einer Gefängnisstrafe, ohne weiteres verbleiben könnte. Das ist beim Polizeigewahrsam, der ganz anderen Zwecken dient, und in dem auch Personen untergebracht werden, die überhaupt keine strafbare Handlung begangen haben, nicht der Fall; die Unterbringung eines Verurteilten in solchem Gewahrsam erfolgt lediglich, weil der alsbaldigen Weiterschaffung technische Schwierigkeiten entgegenstehen, mangels anderer geeigneter Räume (der Begleiter könnte z. B. mit dem Verurteilten vielleicht ebensogut im Wartesaal des Bahnhofs bleiben); sie k a n n nur eine vorübergehende sein und hat mit dem Vollzuge der Strafe an sich gar nichts zu tun. Es sind also meines Erachtens zwischen beiden Unterschiede vorhanden, die eine abweichende

Beurteilung wohl rechtfertigen. Nur dann, wenn der Verurteilte ohne eigenes Verschulden, aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen im Polizeigewahrsam länger zurückgehalten ist, als es bei gewöhnlichen Verhältnissen und ordnungsmäßig der Fall gewesen wäre, würde die über dieses Maß hinausgehende Zeit meines Erachtens aus Billigkeitsgründen im Interesse des Schutzes der persönlichen Freiheit (favor libertatis!) ausnahmsweise anzurechnen sein. Wenn man diese Zeit auch nicht als Strafhaft im engeren Sinne ansehen mag, so hat doch der festgenommene Verurteilte ein Recht darauf, alsbald und ohne jede, nicht durch die gewöhnlichen Verhältnisse bedingte Verzögerung in die bestimmte Anstalt weiterbefördert zu werden. Jede dieses Maß übersteigende Zurückhaltung ist eine gesetzlich nicht gerechtfertigte Freiheitsentziehung, daher vom Verurteilten nicht zu vertreten, sondern ihm anzurechnen.

In dem von Westermann mitgeteilten Falle würde ich daher, entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts, die betreffende Zeit angerechnet haben, und zwar würde der Strafantritt von dem Zeitpunkte an zu berechnen sein, wo der Verurteilte M., wenn er alsbald nach seiner Festnahme ins Gefängnis geschafft worden wäre, dort eingeliefert worden sein würde.

Nach dem Gesagten würde in dem obenerwähnten, vom Bayrischen Obersten Landesgerichte besprochenen Falle der Strafantritt meines Erachtens schon von der Einlieferung des Verurteilten B. in das Gerichtsgefängnis in Schillingsfürst an zu berechnen sein, nicht erst von dem Zeitpunkte, wo er »unter gewöhnlichen Verhältnissen« in die Strafanstalt Lichtenau hätte eingeliefert werden können. Ebenso würde in dem von mir oben (S. 285) gesetzten Falle, wenn der zu 6 Monaten Festungshaft Verurteilte A., anstatt in Polizeigewahrsam untergebracht zu werden, vorerst in das nächstgelegene Amtsgerichtsgefängnis eingeliefert worden wäre, der Strafantritt meines Erachtens schon dem Zeitpunkt dieser Einlieferung an zu berechnen sein.

Unbedingt zurückzuweisen ist jedenfalls die verschiedentlich ausgesprochene Ansicht, daß der Verurteilte, der die Aufforderung zum Strafantritt »schuldhaft mißachtet«, also »durch Ungehorsam« seine »Festnahme und Verschubung« herbeigeführt habe, deshalb keinen Anspruch auf eine Anrechnung der hierdurch erlittenen Freiheitsentziehung habe, oder wenn gar, wie in dem von Westermann mitgeteilten Falle, diese Nichtanrechnung als »Strafe für den Ungehorsam« bezeichnet wird. Dieser Gedanke ist meines Erachtens schon deshalb völlig verfehlt, weil ja der Verurteilte vielleicht wegen Mangel an Reisegeld der Strafantrittsladung keine Folge geleistet hat, in diesem Falle doch aber von einem Verschulden seinerseits unmöglich gesprochen werden kann.

Hiernach möchte ich die oben aufgeworfene Frage dahin beantworten:

> Der Beginn einer Freiheitsstrafe ist von der ersten Einlieferung des Verurteilten in ein Gefängnis (Strafanstalt) an zu berechnen, auch wenn dieses nicht das an sich zuständige ist. Ist der Verurteilte zunächst in Polizeigewahrsam gebracht worden, so ist der Strafantritt von dem Zeitpunkte an zu berechnen, an dem er, wenn er nach seiner Festnahme ohne besondere Verzögerung ins Gefängnis weiterbefördert worden wäre, dort eingetroffen sein würde.

Die hier getroffene Unterscheidung mag etwas willkürlich erscheinen. Ich meine aber doch, daß sie sachlich gerechtfertigt ist, zumal, wenn man auch erwägt, daß schon von dem Augenblicke an, wo der zu verhaftende Verurteilte von dem mit der Festnahme beauftragten Beamten ergriffen wird, er sich also tatsächlich in der Gewalt der Vollstreckungsbehörde befindet, bis zu seiner Einlieferung in das Gefängnis oder in Polizeigewahrsam naturgemäß stets eine gewisse Zeit verstreichen wird, die doch unmöglich schon als Strafhaft angesehen werden kann. Ebenso muß dem Ausgeführten gegenüber die Erwägung zurücktreten, daß danach dem verhafteten Verurteilten unter Umständen der Strafantritt von einem früheren Zeitpunkte ab berechnet wird, als es der Fall wäre, wenn er die Strafe freiwillig antritt: denn in diesem Falle erfreut er sich eben bis zum Strafantritt der Freiheit, während er in jenem sich bereits in einem Gefängnis befindet.

Im übrigen erscheint mir durchaus zutreffend, was Fumian (a. a. O. S. 118) zu der hier behandelten Frage sagt:

> »Ein Gesetz mit mathematischen Formeln gibt es nicht. Die Berufung auf den toten Buchstaben tötet den Geist der Vorschrift, bringt Härte statt Gerechtigkeit, Unrecht statt Strenge. So muß auch, und namentlich in der Strafvollstreckung, die Auslegung sich mitunter vom Buchstaben loslösen [6].«

Eine gesetzliche Regelung der aufgeworfenen Frage wäre jedenfalls sehr erwünscht. Hierbei wäre meines Erachtens zu erwägen, ob nicht den zu Freiheitsstrafe Verurteilten geeignetenfalls zu überlassen wäre, die Strafe, anstatt in der an sich bestimmten Anstalt, im nächstgelegenen Gefängnisse anzutreten; vom Eintritt in dieses wäre die Strafe zu berechnen, und die Verurteilten wären dann von hier aus in die bestimmte Anstalt weiterzubefördern. Die Notwendigkeit einer Verhaftung aus § 489 StPO. würde sich dadurch sicherlich sehr verringern.

[6] Demgemäß will auch Fumian (a. a. O.) dann, wenn die Aufnahme des Verurteilten am Straforte ohne sein Verschulden verzögert wird, z. B. der Transport sich unnötig in die Länge zieht, »die Verwahrung« von dem Zeitpunkte an auf die Strafe anrechnen, in dem die Aufnahme »unter gewöhnlichen Verhältnissen« hätte erfolgen können.



Das Strafgesetzbuch von Siam.

Von Alfredo Hartwig, Berlin-Steglitz.

Die wissenschaftliche Welt ist an dem seit dem 22. September 1908 geltenden Strafgesetzbuche des Königreichs Siam vorübergegangen, ohne weitere Notiz davon zu nehmen. Auch hier kann man vielleicht behaupten, daß mit der geographischen Entfernung das wissenschaftliche Interesse schwindet, obwohl gerade die Gesetzbücher von Staaten mit junger europäischer Kultur die Aufmerksamkeit der Wissenschaft besonders erwecken sollten, da sie sich auf der Summe der Erfahrungen aufzubauen pflegen, die bis zu ihrem Erscheinen im Kreise europäischer Kulturländer gesammelt wurden. Je rascher die Entwicklung derartiger Staaten sein muß, je sprunghafter sich die Verminderung des Abstandes von der modernen Zeit gestalten muß, desto energischer pflegt auch die Gesetzesmaschine zu arbeiten, was wiederum zur Folge hat, daß die neuen Gesetzgebungen mehr aus einem Guß erscheinen und sich nicht als das Ergebnis von Parteirücksichten erweisen. Dem Kompromiß wird somit vielfach die Tür verschlossen.

Siam war in der Lage gewesen, lange mit den alten Volksrechten auskommen zu können. Dann aber traten politische Ereignisse ein, die die siamesische Regierung veranlaßten, energisch eine moderne Gesetzgebung anzustreben. Siam gehört zu den sogenannten Exterritorialländern, bei denen im Gerichtsverfahren die Frage der Zuständigkeit eine besondere Rücksichtnahme erfordert. Ähnlich wie bei den nunmehr abgeschafften Kapitulationen in der Türkei, ist der Ausländer nur den Konsulargerichten seines Landes unterworfen und somit im Prinzip unabhängig von den Landesgerichten. Aber auch innerhalb des Fremdenelementes sind wesentliche Unterschiede hinsichtlich der juristischen Behandlung zu bemerken, je nachdem ob der betreffende Heimatsstaat bezüglich der Behandlung seiner Staatsangehörigen mit Siam besondere Abkommen getroffen hat oder nicht. Als Angeklagter oder Beklagter untersteht der Fremde prinzipiell nur seinem Konsulargericht, während er als Kläger die siamesischen Gerichte anzurufen hat. Dieser Zuständigkeitsmodus bot keine Schwierigkeiten, solange die Fremdenkolonie nur klein und aus wirklichen Exterritorialen der Kulturvölker bestand. Die Verhältnisse änderten sich jedoch, als die einzelnen Fremdstaaten Schutzbefohlene annahmen und auch diese unter die Wohltat der Exterritorialität stellten. So erstreckte sich der Begriff »Engländer« nunmehr auch auf die Hindus und alle Bewohner der britischen Besitzungen; Frankreich führte seine

Anamiten, Bewohner von Kambodscha usw. ein; China verlangte gleiche Rechte für seine Südstaaten und Bewohner der Inselwelt; ähnlich ging es mit den Niederländern. Auf diese Weise entstand ein juristisches Völkergemisch, dem jeder leitende Gesichtspunkt wie Rasse, Farbe, Bekenntnis oder dergleichen fehlte. Dazu kam, daß Verträge mit verschiedenen Staaten von einer allgemeinen Unterstellung ihrer Schutzbefohlenen von einem gewissen Zeitpunkte an absahen und alle später Zugewanderten den siamesischen Gerichten unterstellten. Eine durchgreifende Rechtspflege war somit zur Unmöglichkeit geworden, und die Gerichte sahen sich außerstande, die Verhältnisse zu meistern.

Den Beginn der Modernisierung des siamesischen Rechtes kann man auf das Jahr 1892 verlegen, wo ein Justizministerium für das Königreich geschaffen wurde. Was der administrativen Tätigkeit dieses Ministeriums von Anfang an eine fortschrittliche Tendenz gab, war die Zusammensetzung seiner Berater; Belgier, Engländer und Franzosen sowie Japaner waren an diesem Werke beteiligt. Deutschland hat keinen Anteil hieran genommen. Bedauerlicherweise; denn dem deutschen Einflusse war somit von vornherein in dem jungen Staatswesen eine günstige Gelegenheit verloren gegangen. Ob der deutschen Diplomatie hier ein Vorwurf zu machen ist, ob sonstiger Widerstand gegen eine etwa beabsichtigte Teilnahme deutschen Geistes geschickt am Werke gewesen ist, kann hier nicht untersucht werden.

Nachdem die alten Volksgesetze auf strafrechtlichem Gebiete durch mehrfache Abänderungen zwar verbessert, jedoch ohne Einheitlichkeit bis 1897 gegolten hatten, wurde 1897 im Justizministerium eine Kommission zusammengestellt, die sich mit der Abfassung eines Strafgesetzbuches befassen sollte. Unter dem Vorsitze des Justizministers, Prinzen Rajburi, bestand die Kommission aus folgenden Mitgliedern: dem bisherigen Justizminister Prinzen Bijit Prijakorn; Phya Pracha, Präsidenten des Zivilgerichtshofes von Bangkok; Rolin-Jacquemyns, Generalstaatsrat der siamesischen Regierung, früher belgischer Justizminister; Kirkpatrick, juristischer Berater. Bald aber schied Kirkpatrick aus, wodurch die Arbeiten zu einem gewissen Stillstande kamen, bis der Belgier Schlesser in die Kommission eintrat und nun mit dem Japaner Dr. Tokichi Masao, der seinen Doktorgrad an der Universität von Yale erworben hatte, den Stamm der Kommission bildete. 1904 wurde dem Justizministerium der erste Entwurf übergeben, der durch eine Nachtragsrevision des Herrn Schlesser vervollständigt war. Dieser war inzwischen aus dem siamesischen Staatsdienste ausgetreten und nach seiner Heimat zurückgekehrt. Es ist interessant, daß sowohl der Vorentwurf wie der endgültige Text in englischer Sprache abgefaßt worden sind, obwohl die Mitglieder der Kommission zum größten Teile französisch sprechenden Völkern angehörten. Da aber die Herren nicht siamesisch

konnten und andererseits Englisch die Verkehrssprache des Landes bildet, so erklärt sich hiermit diese an sich eigenartige Erscheinung.

Die Unterzeichnung des französisch-siamesischen Abkommens vom 13. Februar 1904 gab eine willkommene Gelegenheit zur Verstärkung des französischen Einflusses. Der Generalkonsul von Frankreich, Georges Padoux, wurde zum gesetzgebenden Berater ernannt und nahm nach seinem Eintreffen in Bangkok 1905 sofort die Weiterentwicklung des Vorentwurfes in die Hand. Es war nun ein sehr geschickter Schachzug dieses französischen Diplomaten, daß er dem ersten Entwurfe vorwarf, die siamesische Eigenart zu wenig berücksichtigt zu haben, und eine neue Kommission ernennen ließ, deren Zusammensetzung zur Abstellung des gerügten Mangels geeigneter sein sollte. Ihr gehörten nun neben Padoux als Präsidenten an: Advokat M. Tilleke; Phra Athakar Prasiddhi, Richter am Fremdenhofe; Luang Sakol Satyathor, Richter am Zivilgerichtshofe. Der nunmehr nach den angedeuteten Richtlinien entstandene neue Entwurf wurde einer Oberkommission übergeben, die nur aus Siamesen in ersten Staats- und Würdenstellungen bestand: Prinz Damrong; Prinz Narès, Regierungspräsident von Bangkok; Prinz Dewawongse, Minister der auswärtigen Angelegenheiten; Prinz Rajburi, der Justizminister. Als für letzteren, der seinen König Chulalongkorn auf dessen Studienreise nach Europa 1907 begleiten mußte, Vertretung notwendig wurde, trat zunächst Dr. Tokichi Masao und darauf M. J. Stewart Black in die Kommission ein. Aus der Arbeit dieser Revisionskommission ging dann am 1. Juni 1908 der endgültige Text des geltenden Strafgesetzbuches hervor, das am 22. September des gleichen Jahres in Kraft trat und dem bisherigen Zustande der Exterritorialität auf strafrehtlichem Gebiete ein Ende machte, indem Artikel 9 bestimmte: »Jedes im Innern des Königreiches begangene Delikt wird nach den Vorschriften des siamesischen Gesetzes beurteilt und bestraft.«

Dieser, wie oben bereits angeführt, siamesische Text wurde dem englischen Juristen Stewart Black noch einmal zur Korrektur übergeben und nach Annahme ins Siamesische übersetzt. Diese siamesische Ausgabe ist dann als amtlicher gültiger Text erklärt worden. Später wurde hierzu noch von Georges Padoux selbst eine französische Übersetzung herausgegeben. Diese französische Übersetzung zeichnet sich durch eine geradezu mustergültige Sprache aus; nichts ist von dem Sprachgeiste zu bemerken, den man im Deutschen als »Juristendeutsch« zu bezeichnen pflegt. Klar sind Sprache und juristischer Ausdruck, so daß diese Fassung auch für den gebildeten Laien verständlich und brauchbar ist. Als besonderer Vorzug des Gesetzes ist das Fehlen von Verweisungen im Texte, die so manches Gesetzbuch der alten Kulturstaaten zu einem Buche mit sieben Siegeln gestalten.

Trotzdem die siamesische Ausgabe erst eine Übersetzung der englischen ist, gilt aus erklärlichen Gründen der siamesische Text als maßgebend. Die beiden anderen Texte sollen nur dann bei der Rechtsprechung herangezogen werden, wenn der siamesische Text zu Zweifeln Veranlassung geben sollte, die durch die Schwierigkeit der Übersetzung und gewisse Sprachmängel entstehen könnten. Mit großer Bescheidenheit erheben die Arbeiter an dem siamesischen Gesetzeswerke nicht den Anspruch, ein Werk von hoher juristischer Bedeutung geschaffen zu haben, obwohl dem Gesetze diese Bezeichnung mit gutem Rechte zuzusprechen ist. Nichts ist schwieriger als zwei Weltanschauungen zu überbrücken und eine innere Verbindung zwischen der Anschauung eines fremden, auf anderer Kulturhöhe stehenden Volkes mit dem Geiste eines alten europäischen Staates zu erzielen. Aber auch nach dieser Richtung waren dem siamesischen Versuche bereits Vorbilder in dem Strafgesetzbuche für Indien vom Jahre 1860 sowie in dem neuen Strafgesetzbuche für Japan — und zwar sowohl in dem revidierten Entwurfe von 1903 wie in der endgültigen Fassung von 1907 — gegeben. Ersteres war deshalb von besonderer Wichtigkeit, als es das große Problem der Verschmelzung von Rechtsanschauungen asiatischer und europäischer Rassen unternommen hatte.

Von diesen Spezialerscheinungen abgesehen, waren es die großen Gesetzgebungen der europäischen Kulturstaaten, die naturgemäß die Fundamente für den neuen Bau geliefert hatten; an der Spitze der Code Napoléon, der noch immer seinen Charakter als grundlegendes Werk nicht verloren hat. Allerdings weicht das siamesische Gesetz von diesem Vorbilde soweit ab, daß nur noch in Grundzügen der alte Aufbau zu erkennen ist. Das preußische Strafgesetzbuch ist erst in seiner Gestalt als »Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich« von 1870 herangezogen worden. Mit diesen beiden Gesetzen war aber der Kreis der Vorbilder noch nicht erschöpft; Ungarn (1878/79), die Niederlande (1881), Italien (1889) und Ägypten (1904) haben ebenfalls ihr Bestes beigesteuert. Doch ist nirgends ersichtlich, daß man auf die spanischen Gesetzbücher zurückgegriffen hat, was um deswillen zu bedauern ist, als diese Schöpfungen eine eigenartige Färbung zeigen, die auch in den französischen oder italienischen Gesetzen in so ausgeprägtem Maße nicht wiederzufinden ist.

Das Gesetzbuch enthält in 340 Artikeln das Einführungsgesetz (Art. 1—4); das erste Buch mit zehn Kapiteln (Art. 5—96) den Allgemeinen Teil; das zweite Buch mit zehn Titeln, die wiederum in Kapitel eingeteilt sind (Art. 97—340) den Besonderen Teil.

Schon die systematische Teilung der verbrecherischen Handlungen in Delikte (Délits) und Übertretungen (Contraventions) zeigt, daß man den klassischen Boden des Code Pénal nur insoweit als Fundament

benutzen wollte, als er sich noch nach siamesischer Auffassung mit modernen kriminalistischen Anschauungen vereinbaren läßt. Die Dreiteilung, die dem französischen Strafensystem, den »peines criminelles«, »peines correctionelles« und »peines de simple police« entsprach und sich von den Gerichten gleichen Charakters herleitete, mußte schon in dem Augenblicke fallen, wo man den Gerichten und dem Strafvollzuge eine solche Dreiteilung nicht mehr zugrunde legen wollte. Dazu kam, daß Siam die Einrichtung der Schwurgerichte noch nicht kennt, so daß auch die Möglichkeit einer Differenzierung der Tatbestände nach dieser Richtung hin nicht in Betracht kommen konnte, falls man überhaupt gewillt sein sollte, der Einrichtung des Schwurgerichtes je näherzutreten. Man hatte auch den Mut, nur noch eine Einteilung in sogenannte »Délits« und »Contraventions« vorzunehmen und folgte zunächst den Gesetzbüchern von Italien, Holland und Ungarn sowie Spanien, dessen Tochterrechte sich aber nur teilweise dem Vorbilde des Mutterlandes angeschlossen hatten.

Aber auch die hier geübte Scheidungslinie in Tatbestände, die gegen eine innere Rechts- oder Moralregel verstoßen und solche, denen nur ein administratives Verbot zugrunde liegt, schien dem französisch-siamesischen Gesetzgeber eine zu schwankende, zu flüssige zu sein. Das siamesische Gesetz bezeichnet in Artikel 6 Ziffer 6 als »Délit« jede durch das Gesetz bestrafte Handlung. Somit verzichtete man auf jede Klassifikation im alten Sinne entsprechend dem japanischen Vorbilde und hob im zehnten Titel des zweiten Buches von Artikel 332 bis 340 die »ganz leichten« Delikte (Délits minimes) heraus, die im großen und ganzen inhaltlich den »Contraventions« des französischen oder »Übertretungen« des deutschen Strafgesetzbuches entsprachen. Der siamesische Text handelt auch nur von »Delikten« und »Minimaldelikten«, während die französische Fassung die alten Ausdrücke »Délits« und »Contraventions« beibehalten hat, ohne aber hiermit dem Gesetze eine Zweiteilung aufzwingen zu wollen, die es nicht beabsichtigt hat. »Minimaldelikte« sind nach Artikel 332 im Höchstfalle mit einem Monate Gefängnis oder hundert Tikals[1]) Geldstrafe zu ahnden. Der japanische Lehrmeister hat bei dieser systematischen Einteilung vorbildlich gewirkt.

Die Einführungsbestimmungen beendigen, wie bereits erwähnt wurde, den unhaltbaren Zustand der Exterritorialität und unterwerfen alle im Gebiete des Königreiches begangenen Strafhandlungen dem Strafgesetzbuche, ohne aber in die Kompetenzen des Königsgerichtes, der geistlichen, militärischen und Marine-Gerichtshöfe einzugreifen[2]).

Die Abschaffung der Exterritorialität war naturgemäß nur mit Ein-

---

[1]) Tikal = M. 1.68. [2]) Art. 4.



verständnis der beteiligten, vorher bevorzugten Mächte möglich gewesen. So war 1908 ein Vertrag mit Japan abgeschlossen worden, der die Ausübung japanischer Konsulargerichtsbarkeit in Siam zum Gegenstande hatte, aber gleichzeitig die Aufhebung für den Fall vorsah, daß die siamesische Regierung ihre Gesetzesreform beenden würde, die sich auf das Strafgesetzbuch, das Bürgerliche Recht, den Zivil- und Strafprozeß sowie die Gerichtsverfassung erstrecken sollte. Mit Frankreich war ein ähnliches Abkommen getroffen worden, das jedoch in die Reformierung der Gesetzgebung noch das Handelsrecht einbezog, dessen Vorarbeiten aber bislang noch nicht beendet sind.

Die Einführungsbestimmungen regeln auch die Bestrafung der außerhalb Siams begangenen Verbrechen. Von Hochverrat und Landesverrat[3]) sowie von Münz-, Siegel- und Stempeldelikten[4]) abgesehen, ist es der Seeraub, der ohne Rücksicht auf die Nationalität des Täters und den Begehungsort bestraft wird. Die Bestrafung der von Siamesen im Auslande begangenen Handlungen[5]) unterscheidet sich in nichts von den Strafbedingungen des deutschen Strafgesetzbuches[6]).

Wie das neue siamesische Konkursrecht, so bringt auch das Strafgesetzbuch in seinen einleitenden Bestimmungen die Erklärung für eine Anzahl von Fachausdrücken, die an den verschiedensten Stellen des Gesetzbuches dann Verwendung finden. So wird erklärt[7]), was unter einem »öffentlichen Wege«, einem »öffentlichen Platze«, einer »Wohnung«, einer »Waffe«, einem »Dokument«, »Unterschrift« usw. zu verstehen ist. Eine derartige Maßnahme ist besonders in einem Lande zu begrüßen, das noch auf keine systematische oder dogmatische Rechtsprechung zurückblickt und auch noch nicht über ein nach jeder Richtung hin geschultes Richterpersonal verfügt. Sie dürfte sich aber in erweitertem Umfange auch als Rechtslexikon für jeden anderen Staat empfehlen, um der Privatauslegung durch den Laien einen Riegel vorzuschieben und den Spitzfindigkeiten und Weltfremdheiten der Obergerichte ein Betätigungsfeld zu entziehen. Ein allgemeineres Interesse haben von den hier erklärten Ausdrücken nur die Begriffe »ungebührend«, »unehrenhaft« und »betrügerisch« (»indûment«; »malhonnêtement« und »frauduleusement«). Nach Art. 6 Z. 2, 3 und 4 handelt »indûment«, wer eine Handlung begeht, zu deren Begehung das Gesetz in keiner Weise ein Recht gibt. »Malhonnêtement«, wenn die Handlung von dem Gesichtspunkte aus begangen wird, sich oder einem Dritten einen Vorteil zu verschaffen, auf den das Gesetz kein Anrecht gibt, und dies noch zum Schaden einer anderen Person. »Frauduleusement« handelt eine Person, wenn sie in der Absicht tätig ist, eine andere Person durch Betrug eines Rechtes zu berauben.

---

[3]) Art. 97—111. [4]) Art. 202—221. [5]) Art. 10 Z. 4.
[6]) §§ 4 ff. [7]) Art. 6 Z. 1—26.

In keinem dieser Fälle verwendet das Gesetz den sonst üblichen Ausdruck »Intention«. Verlangt wird nur ein Handeln »en vue de« = aus dem Gesichtspunkte, der Erwägung, heraus. Die Schwierigkeit des Nachweises einer bestimmten Schuldintensität wird hierdurch wesentlich behoben und der Richter für seine Urteilsfindung freier gestellt.

Das Strafensystem ist ebenfalls in einer vorbildlichen Weise vereinfacht. Nur folgende sechs Strafen werden in Art. 12 aufgeführt:

1. Todesstrafe.
2. Gefängnis.
3. Geldstrafe.
4. Aufenthaltsbeschränkung.
5. Einziehung.
6. Gewähr für gutes Betragen.

Von diesen drei Strafen sind nur die drei erstgenannten als Strafen im engeren Sinne zu bezeichnen. Die nächsten beiden sind Zusatzstrafen, während die »Gewähr für gute Führung« als Präventivmaßregel zu Unrecht einen Platz im »Strafen«system einnimmt. Sie ist eine Friedensgewähr, wie wir sie im alten deutschen Rechte als Fredum antreffen.

Dieses vereinfachte Strafensystem hebt sich scharf von den fünfzehn Strafarten des Code Pénal ab und enthält nur den dritten Teil der Strafen, die das bisherige Strafgesetzbuch von Japan aufzählte, dessen Gesetzgebung in sonst so vielen Punkten vorbildlich herangezogen worden ist. Allerdings waren unter diesen achtzehn Strafen des japanischen Strafgesetzbuches elf Freiheitsstrafen vertreten, die nicht jede als Klasse für sich anzusprechen waren. Auch im Hinblick auf das deutsche Strafgesetzbuch ist die Stufenleiter des siamesischen Strafgesetzbuches eine überaus vereinfachte zu nennen.

Die Beschränkung auf nur eine Art der Freiheitsstrafe findet eine sehr natürliche Erklärung schon in den klimatischen Verhältnissen des Landes, die ein dem Zuchthause entsprechendes Zellensystem unmöglich machen und einer verlangsamten Todesstrafe gleichkommen würde. Das ursprüngliche siamesische Projekt hatte sich auf den Standpunkt des Einheitsstrafvollzuges — Gefängnis schlechthin — nicht gestellt, sondern zwischen Gefängnis mit Strafarbeit und Gefängnis mit einfacher Arbeit unterschieden. Aus Verwaltungsgründen hat man aber selbst diese Unterscheidungen fallen lassen, und somit besteht eine einzige Gefängnisstrafe mit Zwangsarbeit, die dem Können des Sträflings im Rahmen des Strafvollzuges anzupassen ist.

Klimatische und auch finanzielle Gründe waren es, die von der Einführung der Deportation als Strafmittel Abstand nehmen ließen. Siam besitzt außer dem Festlande zwar noch einige Inseln; doch kommen

diese als Deportationsplätze um deswillen nicht in Betracht, als sie entweder die klimatisch bevorzugtesten Teile des Landes bilden oder aber selbst für Sträflinge nicht bewohnbar sind, schon weil die Beschaffung von Trinkwasser auf ungeheure Schwierigkeiten stoßen würde.

Die Todesstrafe, die durch Abschneiden des Kopfes mit dem Schwerte (»la tête tranchée« Art. 13) vollzogen wird, gehört zum alten Bestande der Strafmittel in Siam. Wie in den Kulturländern des Abendlandes, so war auch in Siam bei Abfassung des neuen Gesetzbuches die Frage nach Abschaffung der Todesstrafe aufgetaucht. Allein sowohl die höheren richterlichen wie Verwaltungsbeamten sprachen sich energisch gegen eine Abänderung der gewohnten Höchststrafe aus, und so nahm der Gesetzgeber dann Rücksicht auf die Bedenken dieser maßgebenden Kreise und behielt die Todesstrafe bei. Ihr Anwendungsgebiet und ihre Stellung im System ist aber wesentlich anders wie in den übrigen modernen Staaten. Sie tritt als absolute Strafe und wahlweis neben anderen Strafen auf. Nur in folgenden drei Fällen muß auf Todesstrafe erkannt werden: Bei Hochverrat unter gewissen Umständen; bei feindseligen Handlungen gegen befreundete Staaten im besonderen Falle; bei qualifiziertem Morde.

Während das deutsche Strafgesetzbuch den ersten Abschnitt seines zweiten Teiles mit »Hochverrat und Landesverrat« überschreibt, ohne aber eine Definition der Begriffe zu geben und sich nur auf die Darstellung der einzelnen Erscheinungsformen beschränkt, kennt das siamesische Gesetzbuch weder den Ausdruck »Hochverrat« noch »Landesverrat«, sondern zählt ebenfalls nur die einzelnen Fälle auf. Mit dem Tode wird [8]) jede gegen den König, die Königin, den Kronprinzen oder gegen den Regenten während seiner Regentschaft gerichtete gewalttätige Handlung bestraft. Derselben Strafe unterstehen der Versuch und die Teilnahme an diesem Attentate, die Verabredung oder Ausführung von Vorbereitungen im Hinblick (en vue) auf die Begehung, sowie tatsächlich geleistete Beihilfe, um die gefaßten Absichten oder das Komplott zu diesem Zwecke geheimzuhalten.

Absolute Todesstrafe steht auch auf Mord oder Mordversuch [9]) gegen den Souverän einer befreundeten Macht oder gegen seine nicht regierende Gemahlin oder seinen präsumptiven Thronfolger oder gegen den Präsidenten oder ein anderes Oberhaupt einer befreundeten Regierung. Dem Wortlaute des Gesetzes nach ist hier der Fall nicht vorgesehen, daß eine Frau das Oberhaupt des befreundeten Staates ist, während, wie ersichtlich, die nicht regierende Gattin geschützt ist.

Endlich ist es der qualifizierte Mord [10]) der die absolute Todes-

8) Art. 97. 9) Art. 112 Z. 3. 10) Art. 250.

strafe erheischt. Als qualifiziert gilt der Elternmord oder der Mord an Aszendenten in gerader aufsteigender Linie; der Mord an einem Beamten bei oder wegen Ausübung seiner gesetzlichen Tätigkeit; bei Mord allgemein unter Anwendung von Torturen oder Grausamkeiten. Sodann aber auch, um die Ausführung eines anderen Deliktes vorzubereiten oder zu erleichtern oder um sich den Nutzen eines anderen Deliktes zu sichern oder solch ein Delikt zu verschleiern oder hierfür sich Straflosigkeit zu sichern. Diese letzteren Bestimmungen stehen somit in erfreulichem Gegensatze zu dem § 214 des deutschen Strafgesetzbuches, der gern als Entschuldigung des Handelns herangezogen wird. Dagegen gehören der Kindesmord und Gattenmord im siamesischen Rechte nicht zu den qualifizierten Tatbeständen.

Während aber — soweit ersichtlich — nach den Strafgesetzbüchern der modernen Staaten die Todesstrafe stets nur absolut, das heißt nicht wahlweise mit anderen Strafen verhängt wird, ist der siamesische Gesetzgeber dazu übergegangen, die Todesstrafe als höchste Sprosse einer dem richterlichen Ermessen überlassenen Strafenleiter einzufügen. Diese Konkurrenz der Strafmittel tritt nicht nur mit lebenslänglichem Gefängnis, sondern sogar mit Gefängnis von 10—20 Jahren ein.

Es hat bekanntlich auch in Deutschland nicht an Stimmen gefehlt, die in sehr beachtenswerter Weise sich gegen die absolute Verhängung der Todesstrafe gewandt haben und den Weg der Gnade als geeignetes Korrelat ansehen wollen. Der Weg, den das siamesische Strafgesetzbuch betreten hat, wird manchen Fingerzeig für die Kritik geben.

Todesstrafe wahlweise neben lebenslänglichem Gefängnis steht auf jede gewalttätige Handlung [11]) die den Zweck hat, die Regierung zu stürzen oder die Staatsverfassung zu ändern oder sich eines Teils des Königreiches zu bemächtigen (Insurrection). Der gleichen Strafe ist Landfriedensbruch und Geheimhaltung seiner Vorbereitungshandlungen ausgesetzt, wenn der Aufruhr zum Ausbruch gekommen ist.

Auch das Anknüpfen von landesverräterischen Verbindungen mit einer fremden Macht unterliegt, wenn es zum Kriege kommt, der gleichen Bestrafung [12]).

Endlich sind es der Raub in Banden (brigandage), zu der drei oder mehr Personen gehören, von denen mindestens eine bewaffnet sein muß, und Seeräuberei unter gleichen Verhältnissen, die dem genannten Strafmaße unterliegen [13]), falls infolge der gewalttätigen Handlungen der Tod eines der Verletzten eingetreten ist. Der Kausalzusammenhang ist maßgebend. Der Tatbestand beider Verbrechen läßt es aber zu, daß bei dem einen oder anderen Täter die Bedingungen des quali-

[11]) Art. 101. [12]) Art. 105 Z. 2.
[13]) Art. 301 Z. 3 und Art. 302.



fizierten Mordes vorliegen, so daß die auf dieses Verbrechen gesetzten strengen Strafen Anwendung zu finden haben.

Dagegen wird der einfache Mord mit dem Tode oder lebenslänglichem oder Gefängnis von 15—20 Jahren bestraft. Der Eigenart des besonderen Falles kann hiermit in weitestem Maße Rechnung getragen werden [14]).

Bemerkenswert ist die Strafenzusammenstellung und Auswahl, wenn ein Siamese gegen sein Vaterland die Waffen ergreift [15]) oder Kriegsdienste im feindlichen Heere nimmt. In diesem Falle steht entweder die Todesstrafe oder lebenslängliches Gefängnis oder Gefängnis von 10—20 Jahren zur Verfügung; doch muß daneben auf Geldstrafe von 200—2000 Tikals erkannt werden.

Todesstrafe oder lebenslängliches Gefängnis und Geldstrafe von 500 bis 5000 Tikals treten ein, wenn jemand die Operationen des Feindes gegen das Königreich Siam unter erschwerenden Umständen unterstützt, wozu neben Spionage, Zerstörung von Bauten usw. besonders das Verleiten von Soldaten zur Desertion, Selbstverletzung oder Pflichtverletzung gehört.

Während aus diesen wahlweise zur Verfügung gestellten Strafmitteln ganz offensichtlich das Bestreben spricht, dem milder liegenden Fall auch eine angemessen abgeschwächte Strafe zukommen zu lassen, hat man gegen die schwangere, zum Tode verurteilte Frau die Vollziehung der Todesstrafe nur bis nach der Entbindung hinausgeschoben. Die Hinübernahme dieser Bestimmung [16]) aus dem Code Pénal, die so wenig in den Geist des ganzen siamesischen Gesetzbuches paßt, ist nur als ein Versehen des Gesetzgebers zu betrachten, das durch eine spätere Revision des Gesetzbuches hoffentlich beseitigt wird.

Die Todesstrafe ist die einzige Körperstrafe des siamesischen Gesetzbuches geblieben, obwohl sich in der Beratungskommission mancher Befürworter der Bastonade befunden, die bisher in Siam offiziell noch bestanden hatte. Allerdings hatten die Berufungsgerichte seit Jahren schon das Bestreben gezeigt, soweit als möglich zum Verschwinden dieser Strafart beizutragen, die bislang als Zusatzstrafe bei Diebstahl und als Hauptstrafe gegen Jugendliche in gesetzmäßiger Übung war. Die einstimmige Ablehnung dieser Strafe in der Revisionskommission ist um so bemerkenswerter, als das Strafgesetzbuch für Ägypten [17]) die genannte Strafart wieder eingeführt hatte. Und es entbehrt in der heutigen Zeit nicht eines gewissen pikanten Beigeschmackes, daß gerade der bereits genannte japanische Mitarbeiter am siamesischen Strafgesetzbuche, Dr. Tokichi Masao, darauf hinweist, daß der einzige Widerstand, der in Siam der Abschaffung der Bastonade entgegen-

---

[14]) Art. 102. [15]) Art. 109. [16]) Art. 16. [17]) Art. 61 und 63.

gesetzt wurde, nicht von Siamesen, sondern von Engländern ausging, die wohl fürchteten, daß ein kultureller Fortschritt in Siam Rückwirkungen auf englische Kolonien ausüben könnte. Der Ausdruck »Bastonade« ist im übrigen insofern nicht treffend, als man nach französischem Muster hierunter Schläge auf die Fußsohlen mit einem Stocke zu verstehen gewohnt ist. Es handelt sich jedoch um ein »Stäupen« (fouet, fustigation), das heißt ein Schlagen des Rückens mit einem Rotang, dem indischen Rohrstock (Rotin).

Die Einrichtung der Gefängnisstrafe weist systematisch mancherlei Unstimmigkeiten auf, so daß ein leitender Gesichtspunkt nicht festzulegen ist. Diese Bemerkung soll aber nicht den Vorwurf einer ungerechten Anwendungsmethode bergen, sondern sich nur auf redaktionelle Ungenauigkeiten beziehen, die als Schönheitsfehler bei einer Revision leicht zu beseitigen sein dürften. Die Höchstdauer beträgt nach Art. 36 zwanzig Jahre und kann auch unter Berücksichtigung erschwerender Umstände keine Steigerung erfahren. Mit dieser Strafhöhe steht unter den asiatischen und orientalischen Gesetzen Siam an erster Stelle. Denn Japan sowohl wie Ägypten setzen die Höchstdauer auf 15 Jahre, Indien sogar nur auf 10 Jahre fest. Siam hat jedoch mit dieser Grenze keine Neuerung eingeführt, sondern ist nur seinem alten Brauche gefolgt.

Während nun aber bei allen zeitlichen Freiheitsstrafen in sonstigen Gesetzgebungen für den jeweiligen Tatbestand neben dem Höchstmaße auch ein Mindestmaß angegeben ist, hat man sich in Siam zu einem durchgeführten Anschluß an dieses Prinzip nicht entschließen können. Andererseits hat man aber auch das Strafgesetzbuch für Indien mit seiner mangelnden Bestimmung der Mindestmaße nicht als prinzipielles Vorbild nehmen wollen. So hat man sich denn zu einem Mittelwege entschlossen, indem man bei leichteren Delikten kein Strafminimum festsetzte, die schwereren Delikte aber nach der unteren Linie begrenzte. Da man den einzelnen Tatbeständen oder Deliktsgruppen nach eine Scheidung nicht vornehmen konnte, so nahm man von der Festsetzung eines Mindestmaßes Abstand, wenn die Höchstdauer der angedrohten Gefängnisstrafe 3 Jahre nicht überschreitet. Dem Richter steht also in diesem Falle die ganze Skala bis zur Höchstdauer von 3 Jahren zur Verfügung. Eigenartigerweise ist nun aber im allgemeinen Teile des Strafgesetzbuches übersehen worden, anzugeben, welches der niedrigste Betrag der Gefängnisstrafe denn ist. Der Art. 332 Z. 4 gibt nur für Übertretungen als Höchststrafe 10 Tage an; tatsächlich beträgt aber das Mindestmaß wie in allen sonstigen Gesetzbüchern einen Tag.

Erreicht die Höchstdauer gerade 3 Jahre, so wird bald ein Minimum angegeben, bald auf ein solches verzichtet, so daß der Richter sich

in derselben Lage befindet, wie oben bereits geschildert. Letzteres ist z. B. der Fall bei der Abtreibung [18]) dem einfachen Diebstahle [19]), dem Betruge [20]) und dem Vertrauensmißbrauche [21]). Überschreitet dagegen das auf einen Tatbestand gesetzte Strafmaß 3 Jahre, so wird dem Richter vielfach eine Beschränkung hinsichtlich des Mindestmaßes nicht auferlegt, wenn es sich um leichtere oder nicht qualifizierte Fälle handelt, während er bei schwereren Straftaten an die festgesetzten Mindestmaße gebunden ist.

Gab man bezüglich der Mindestdauer dem Richter freie Hand, so mußte man für diesen Fall die besondere Berücksichtigung mildernder Umstände ausschalten. Ob eine solche Praxis im Gesetze eine Stütze findet oder nur im Gebote der Logik begründet ist, geht aus dem Wortlaute allerdings nicht hervor.

Auch noch bei niedrigerer Höchststrafe wie 3 Jahre werden Minima angegeben. So bestraft z. B. das Gesetz die Verletzung des Briefgeheimnisses durch einen Postbeamten mit Gefängnis von 1 bis zu 10 Monaten und Geldstrafe von 10—100 Tikals [22]), die Gefangenenbefreiung [23]) mit Gefängnis von 1 Monat bis zu 2 Jahren und Geldstrafe von 20—200 Tikals.

Andere Freiheitsstrafen kennt das Gesetz, wie bereits erwähnt, nicht. In welcher Art die Arbeit in den Gefängnissen zu leisten ist, ob der Gefangene hier eine gewisse Entschädigung bekommt (peculium), ob dieser Betrag zur Schadensdeckung oder zum Unterhalte der Familie verwendet oder als Sparfonds dem Sträflinge bleibt, ob endlich der Staat sich für seine Auslagen an dem Arbeitsverdienste ganz oder teilweise schadlos zu halten berechtigt ist: alle diese Fragen finden im Gesetze keine Beantwortung und harren somit der Lösung durch entsprechende Spezialgesetze.

Die dritte Hauptstrafe des Gesetzes, die Geldstrafe, beträgt als niedrigstes Maximum bei Übertretungen 12 Tikals, als Maximum bei Übertretungen 100 und findet bei Verbrechen (Délits) mit 5000 Tikals ihre Höchstgrenze, ohne daß aber das Gesetz im Allgemeinen Teil diesen Betrag als Höchstsumme für den richterlichen Spruch benennt [24]). Dieser Höchstbetrag ist z. B. bei Majestätsbeleidigung neben Gefängnis bis zu 7 Jahren vorgesehen. Wie bei der Gefängnisstrafe, so ist auch bei der Geldstrafe weder im allgemeinen noch im besonderen Teile des Gesetzbuches ein Minimum angegeben. Auch die Höchstgrenze stützt sich nicht auf eine Vorschrift des Allgemeinen Teils. Daß der Mindestbetrag mit 1 Tikal anzunehmen ist, geht nur indirekt aus der Bestimmung hervor [25]), daß, wenn Gefängnis an Stelle der Geldstrafe

---

[18]) Art. 260. [19]) Art. 288. [20]) Art. 304. [21]) Art. 314.
[22]) Art. 143. [23]) Art. 165. [24]) Art. 17. [25]) Art. 18 Z. 2.

tritt, für jeden Tikal ein Tag in Ansatz zu bringen ist, wobei aber der Gesamtbetrag ein Jahr nicht übersteigen darf.

Gegenüber allen europäischen Geldstrafen zeigt die Geldstrafe in Siam den Charakter einer wirklichen Strafe, einer Buße, die dem Schuldigen nach Möglichkeit eine empfindliche Lektion erteilen soll. Dieses Bestreben geht schon daraus hervor, daß bei fast allen Tatbeständen die Geldstrafe als obligatorischer Faktor sich angezeigt findet. Sie nimmt daher ihren Platz neben der Gefängnisstrafe, gleichviel welcher Dauer, ein und kann nur mit der Todesstrafe nicht in Verbindung gebracht werden. So wird z. B. der Siamese, der Waffendienst bei einer feindlichen Nation nimmt oder die Waffen gegen sein Vaterland ergreift, mit dem Tode oder lebenslänglichem Gefängnis und Geldstrafe von 200—2000 Tikals bestraft [26]. Allerdings ist auch hier das Prinzip nicht einheitlich durchgeführt; der Mord [27] wird z. B. mit dem Tode, lebenslänglichem Gefängnis oder Gefängnis von 15—20 Jahren bestraft und von der Verhängung einer Geldstrafe abgesehen. Nur allgemein kann als Regel aufgestellt werden, daß bei den schwersten Delikten von einer Geldstrafe Abstand genommen wird, während bei schweren Delikten die Häufung von Gefängnis- und Geldstrafe im Prinzip bestehen bleibt und dem Gesetze einen fast konfiskatorischen Charakter gibt.

Diese Bestimmungen können aber in der Praxis dadurch eine wesentliche Milderung erfahren, daß es dem Gerichte freisteht [28], wenn auf Gefängnis und Geldstrafe im Gesetze erkannt ist, auf die Verhängung der Geldstrafe zu verzichten und nur die Gefängnisstrafe in Anwendung zu bringen. 15 Tage nach Eintritt der Rechtskraft muß die Geldstrafe bezahlt sein, andernfalls Zwangsbeitreibung [29] erfolgt oder die Geldstrafe in Gefängnis umgewandelt wird. Das Gericht braucht jedoch nicht abzuwarten, ob der Verurteilte zahlt, sondern kann, wenn es ernsthafte Gründe für die Annahme hat, daß der Schuldige sich der Bezahlung entziehen will [30] Kautionsstellung verlangen oder bis zur Stellung der Kaution Sicherheitshaft anordnen. Mitschuldige haften, wenn ihre Mitschuld im Tenor ausgesprochen ist, solidarisch [31]; wird aber die Geldstrafe in Gefängnis umgewandelt, so hört die Haftung auf, und jeder sitzt den ihm zudiktierten Teil der Strafe ab.

Das Bestreben, die Geldstrafe zu einem eindrucksvollen Strafmittel zu gestalten, hat aber den Gesetzgeber zu einer Bestimmung geführt, die dem Art. 101 des italienischen Strafgesetzbuche entlehnt, dem Besitzenden es ermöglicht, sich trotz einer Verfehlung einer Verurteilung

[26] Art. 109. [27] Art. 249. [28] Art. 23. [29] Art. 18 Z. 1.
[30] Art. 20. [31] Art. 22.

zu entziehen und mit reinen Papieren dazustehen, während der Arme die volle Strenge des Gesetzes erfährt und nicht in der Lage ist, den Makel des Bestraftseins von sich fernzuhalten. Bezahlt nämlich der Schuldige, der ein nur mit Geldstrafe zu ahndendes Delikt begangen hat, vor der Verhandlung, aber in Gegenwart des Gerichtes, das Maximum der Geldstrafe, die im Gesetze für das betreffende Delikt angegeben ist, so erlischt die öffentliche Klage [32]); der Täter steht so da, als wenn er die Tat gar nicht begangen hätte. Die Ungerechtigkeit dieses Prinzips tritt um so schärfer hervor, als das Gesetz keine Teilzahlungen der Geldstrafe kennt und den Armen somit im gleichen Falle moralisch schlechter stellt. Ein gewisser Ausgleich, ein versöhnendes Moment, würde nur dann zu erblicken sein, wenn wenigstens dem so Befreiten der Charakter des Verurteilten, des Vorbestraften anhinge. Für das künftige deutsche Strafgesetzbuch ist eine solche Bevorzugung des auf Grund eigenen Vermögens oder guter Verbindungen Zahlungsfähigen nicht zu empfehlen. Der Ruf des Wohlhabenden wird hierdurch höher bewertet, ohne daß von ihm ein erhöhtes Pflichtbewußtsein gefordert wird.

Auch bei der Aufenthaltsbeschränkung hat der Gesetzgeber eine Mindestdauer anzugeben übersehen. Die Höchstdauer [33]) darf jedenfalls sieben Jahre nicht übersteigen. Daß es sich hier nicht um eine selbständige Strafe, wie bei der Mehrzahl der spanischen Rechte, sondern nur um eine Zusatzstrafe handelt, geht deutlich aus dem Wortlaute des Art. 25 hervor, der ausdrücklich bestimmt, daß die Aufenthaltsbeschränkung »accessoirement« zu jeder anderen Strafe treten könne. Nur bei Übertretungen wird sie nicht zur Anwendung gebracht. Sie kann entweder darin bestehen, daß dem Verurteilten das »Erscheinen« (paraître), der Aufenthalt an gewissen Stellen oder in gewissen Distrikten verboten wird, die im Urteil genau anzugeben sind, oder daß die Verpflichtung zum Wohnen an einem bestimmten Orte oder in einem bestimmten Distrikte angeordnet wird [34]). Ihre Anordnung ist aber nicht den spanischen Rechten, sondern dem Art. 18 des italienischen Gesetzbuches entnommen.

Die andere Nebenstrafe, die Konfiskation, weicht in ihrem Charakter nicht von der üblichen Erscheinungsform ab. Während man im früheren siamesischen Rechte aber die allgemeine Güterkonfiskation kannte, ist man jetzt von dieser Strafart abgekommen. Die Konfiskation [35]) kann sich zunächst auf alle Gegenstände erstrecken, die zur Begehung eines Deliktes tatsächlich gedient haben oder wenigstens zu diesem Zwecke bestimmt waren; sodann aber auf alle Erträgnisse oder Erzeugnisse eines Deliktes. Voraussetzung ist allerdings stets, daß diese

[32]) Art. 21. [33]) Art. 25. [34]) Art. 27. [35]) Art. 27.

Gegenstände dem Haupttäter oder den Gehilfen gehört haben. Einer Verurteilung zur Konfiskation bedarf es naturgemäß nicht, wenn die Herstellung oder der Verkauf, der Gebrauch oder der Besitz der betreffenden Gegenstände überhaupt gesetzlich schon verboten ist. Werden die Gegenstände, deren Einziehung angeordnet ist, nicht abgeliefert, so kann das Gericht ihren Wert schätzungsweise festsetzen und nun bei Beitreibung dieses Schätzungswertes in gleicher Weise verfahren wie bei einer Geldstrafe. Nur darf in diesem Falle die an Stelle des Geldwertes tretende Gefängnisstrafe sechs Monate [36]) nic htübersteigen. Im Besonderen Teile findet sich die Konfiskation nur ausgesprochen bei der Beamtenbestechung (Art. 141), bei Münzverbrechen (Art. 207), Nachahmung von Siegeln, Stempeln und Marken (Art. 221), Gebrauch falscher Maße und Gewichte (Art. 239).

Was endlich die Gewähr für gutes Betragen, die Friedensgewähr anbelangt, so sind die einschlägigen Bestimmungen dem Strafgesetzbuche für Indien [37]) entnommen worden, wo diese Maßregel, wie aus der Anzahl der Artikel bereits hervorgeht, einen breiten Raum einnimmt. Ihre Anwendungsmöglichkeit in Siam ist gegeben, wenn jemand Drohungen beim Zusammentreffen mit einer anderen Person ausgestoßen hat oder wenn das Gericht begründeten Verdacht hegt, daß eine Person die öffentliche Ruhe stören wird [38]). Das Gesetz spricht hier von »ménaces a l'encontre d'une autre personne« und läßt die Frage offen, ob nur seitens des Drohenden der Fall des eventuellen Zusammentreffens gemeint ist oder sich die Maßnahme des Gesetzes auch auf den Fall bezieht, daß die Drohung bei einem Zusammentreffen gefallen und auf ein erneutes Begegnen abgestellt ist. Aller Voraussicht nach sind beide Möglichkeiten einbezogen. Das Gesetz macht auch keinen Unterschied zwischen der subjektiv oder objektiv ernst zu nehmenden Drohung. Die Dauer der Gewähr darf sich über den Zeitraum von zwei Jahren nicht erstrecken und die Höhe von 500 Tikals nicht übersteigen. Wird die Kaution nicht geleistet, so kann Verhaftung bis zur Dauer von sechs Monaten erfolgen [39]).

Der Präventivcharakter dieser Maßnahme geht deutlich aus der Bestimmung hervor, daß die Friedensgewähr gegen Vagabunden Anwendung finden kann, die offensichtlich nicht über genügende Unterhaltsmittel verfügen. Für europäische Verhältnisse liegt der Einwand nahe, daß somit jeder Vagabund dazu verurteilt ist, wegen mangelnder Subsistenzmittel die Höchstdauer abzusitzen oder eben zur Vermeidung außer Landes zu gehen. Wenn man aber in Berücksichtigung zieht, daß das Kastenwesen in Siam noch stark ausgebildet ist und somit jeder an seinen Familien- oder Kastengenossen einen Rückhalt findet,

---

36) Art. 29. 37) Art. 106—126. 38) Art. 30. 39) Art. 31.

solange ihn die Kaste nicht ausgestoßen hat, so liegt die Vermutung nahe, daß durch die gesetzliche Anregung mehr ein Druck auf die Kaste ausgeübt werden soll, sich ihres Angehörigen anzunehmen und ihn auf die Bahn eines ausreichenden Erwerbes zu bringen. Die Strenge des Gesetzes wird also letzten Endes nur denjenigen treffen, der bereits des Rückhaltes an seiner Familie oder Kaste beraubt und somit eine öffentliche Plage oder Gefahr geworden ist. Der Begriff des »vagabondant« ist im Gesetze nicht scharf umgrenzt. Die Fassung »Vagebunden, die nicht erkennbare Unterhaltsmittel besitzen«, würde auch — im Einklange mit spanischen Gesetzen — diejenigen erfassen, die zwar Unterhaltsmittel besitzen, aber von einer Herkunft, die mit den Begriffen staatlicher Ordnung sich nicht decken, z. B. Spieler, Hochstapler, Dirnen usw. Der germanische Rechtsgedanke des unehrbaren Gewerbes taucht wieder auf, der sich nicht mit dem zahlenmäßigen Besitze des Geldes genügen ließ, sondern auch nach der Herkunft fragte, selbst wenn der Beruf oder die Erwerbsart gesetzlich nicht verboten war oder bestraft werden konnte. Es ist eigenartig, daß die Bewertung moralischer Momente in den Gesetzbüchern eines Volkes immer mehr schwindet, je mehr das Volk aus den ursprünglichen, man möchte sagen spontanen Gesetzen herauswächst und die Gesetzesbildung der Wissenschaft überläßt.

Eine Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte ist in Siam unbekannt. Die staatsbürgerlichen Rechte sind noch nicht in dem Maße entwickelt oder ausgebaut, daß man von der Möglichkeit einer Entziehung sprechen könnte. Der politischen Weiterentwicklung des Landes wird es vorbehalten bleiben, diese gesetzlichen Maßnahmen einzuführen, die letzten Endes nur eine Übernahme der moralischen Gerichtsbarkeit durch den Staat ist, die entweder wegen der größeren räumlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse durch die Volksgenossen nicht mehr ausgeübt werden kann oder wegen eines gewissen Tiefstandes, eines Sinkens des moralischen Empfindens nicht mehr ausgeübt werden würde.

Wie in allen modernen Gesetzbüchern, so findet sich auch in Siam ein ausgebautes System derjenigen Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern. An der Spitze des betreffenden Kapitels stehen eigenartigerweise die Vorschriften über die Bewertung der Schuldintensität. Prinzipiell wird nur das vorsätzlich begangene Delikt bestraft. Fahrlässigkeit wird nur geahndet, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorschreibt [40]). Als beabsichtigt gilt die Handlung dann, wenn der Täter sie gewünscht hat und gleichzeitig die Folgen gewünscht hat oder sie vorhersehen konnte [41]). Technologisch kann man die Wahl

[40]) Art. 43. [41]) »désiré ou pu prévoir les effets.«



des Ausdruckes »wünschen« keine glückliche nennen. Der in sonstigen Gesetzbüchern sich findende Ausdruck »wollen« hätte sich mehr empfohlen. Eine Erklärung, warum man von dem üblichen Schema in dieser Hinsicht abgewichen ist, findet sich im Gesetze nicht; man kann nur annehmen, daß man etwaigen Beweisschwierigkeiten begegnen wollte, die sich dem Nachweise eines Tat**willens** entgegenstellen könnten, und hat aus diesem Grunde dem abgeschwächten Ausdrucke den Vorzug gegeben.

Die Fahrlässigkeit wird zunächst negativ dadurch umgrenzt, daß Vorsatz eben nicht vorliegt. Positiv aber sind drei Fälle möglich: Der Täter hat nicht die Vorsicht bzw. Sorgfalt bewiesen, die man von einem Menschen mit üblichen Geistesgaben erwarten und voraussetzen kann. Der Hinweis auf eine strafrechtliche Verkehrssitte im Sinne des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches ist leicht ersichtlich. Hat es sich nun aber um eine Tat gehandelt, die spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten erfordert, so liegt Fahrlässigkeit vor, wenn eben diese besondere Vorsicht nicht bewiesen worden war. Endlich aber wird Fahrlässigkeit angenommen, wenn der Täter sich nicht an ein bestehendes Gesetz, Reglement oder gesetzliche Vorschrift gehalten hat. Das Gesetz [42]) bedient sich hier des Ausdruckes »Qu'il ne s'est pas conformé a une loi« usw. Die Abgrenzung von dem ersichtlichen schuldhaften Handeln wird durch diese Vorschrift aber stark verwischt. Wenn es sich nur um die Bestrafung wegen Zuwiderhandelns gegen Polizei- oder Verwaltungsvorschriften handeln sollte, so mußte der Hinweis auf ein Zuwiderhandeln gegen ein »Gesetz« (loi) unterbleiben.

Unkenntnis des Gesetzes schützt nie vor Strafe [43]).

Im Gesetze selbst ist das fahrlässige Handeln nur in seltenen Fällen bestraft: beim Entweichenlassen von Gefangenen seitens eines mit der Bewachung beauftragten Beamten [44]) bei fahrlässiger Tötung [45]) sowie fahrlässiger schwerer Körperverletzung [46]). Auch unter den Übertretungen gibt es zwei Tatbestände, die, fahrlässig begangen, einer Bestrafung unterliegen; in erster Linie die fahrlässige Körperverletzung [47]) und sodann die fahrlässige Gefährdung des Verkehrs zur Nachtzeit auf öffentlichen Wegen und Straßen durch Nichtbeleuchtung von Straßenbauten, Abladen von Gegenständen usw. Jedoch werden letztere Handlungen als Übertretung nur bei solchen Personen gestraft, die an sich berechtigt gewesen waren, die störenden Gegenstände abgeladen oder die Bauten vorgenommen zu haben.

Auch die Behandlung des error in persona [48]) findet hier ihre Regelung. Maßgebend für die Strafe und das Strafmaß ist das Delikt, das der

---

[42]) Art. 43 Z. 3. [43]) Art. 45. [44]) Art. 169. [45]) Art. 252.
[46]) Art. 259. [47]) Art. 338 Z. 2. [48]) Art. 44.

Täter zu begehen vorhatte. Da dieser Nachweis aber naturgemäß leicht auf Schwierigkeiten stößt, so ist der richterlichen Beweiswürdigung dadurch ein weiterer Spielraum gelassen, daß auch die Tat zur Bestrafung steht, deren Begehung, d. h. Erfolg, der Täter vorhersehen konnte. Somit finden sich Absichtshaftung und Erfolgshaftung in geschickter Weise vereint.

Straflos bleibt zunächst der Geisteskranke, der aber auf Anordnung des Gerichtes in eine Anstalt gebracht werden kann. Verlangt wird nicht Geisteskrankheit oder Geistesschwäche als dauernder Zustand, sondern nur das Vorhandensein derartiger Störungen im Augenblicke der Begehung. Das Gesetz spricht von »in firmide d'esprit« und »maladie mentale«, die eine nur teilweise Entschlußfähigkeit gestatten. Auch wird keine Erklärung der Geisteskrankheit gegeben, und es bestehen keinerlei Vorschriften über die Inanspruchnahme oder Bewertung eines ärztlichen Gutachtens. Auch hinsichtlich der Unterbringung und Dauer der Überweisung an eine Anstalt oder sonst einen sicheren Ort ist der Richter freigestellt. Verminderte Zurechnungsfähigkeit findet ihre Berücksichtigung in einer Ermäßigung des Strafmaßes, ohne daß hier ein Maximum oder Minimum [49]) angegeben wird. Trunkenheit dagegen bildet in keinem Falle einen Strafausschließungsgrund. Die Praxis der Gerichte ist aber dazu übergegangen, in der Trunkenheit einen Milderungsgrund zu sehen, obwohl der Gesetzgeber zweifellos rigoros verfahren und keine Abschwächung eintreten sehen wollte. Trunkenheit auf öffentlicher Straße [50]) ist an sich schon, und zwar als Übertretung, strafbar.

Zwang [51] (nécessité) schließt stets die Strafbarkeit aus, soweit nicht der Tatbestand des Hochverrates oder Landesverrates vorliegt. Ein Unterschied zwischen physischem und psychischem Zwange wird im Gesetze nicht gemacht, das nur spricht von einem Einflusse »d'une force telle qu'il ne peut l'éviter ou lui résister«.

Notwehr und Notstand weisen gegenüber dem deutschen Rechte mancherlei Verschiedenheiten auf. Wem in jedem der beiden Fälle der Angriff droht, ist gleichgültig; eine Beschränkung hinsichtlich der Art der Person, des Objektes ist im Gesetze nicht getroffen. Während beim Notstande ausdrücklich das Moment des Unverschuldetseins gefordert wird, ist dies bei der Notwehr nicht der Fall. Der Notstand muß ferner in einem schweren drohenden und auf andere Weise nicht zu beseitigenden Übel seinen Grund finden, während bei der Notwehr eine ungesetzliche Gewalt (violence illégale) vorliegen muß, die sich gegen Leben, Ehre oder sonst ein Rechtsgut richtet; eine Zeitbeschränkung ist hier nicht gegeben [52]). Ausgeschlossen ist Notwehr gegenüber

---

[49]) Art. 47. [50]) Art. 335 Z. 13. [51]) Art. 49. [52]) Art. 50.

einem Beamten, der ersichtlich im Rahmen seiner Befugnisse handelt. Überschreitung der Notwehr oder des Notstandes wird gestraft, und zwar im Prinzip mit den Strafen, die dem Erfolge des überschreitenden Maßes entsprechen. Nur ist dem Gerichte, um hier Härten zu vermeiden, das Strafmaß[53]) innerhalb dieses Rahmens freigestellt. Straflos sind noch das Handeln auf einen gesetzlichen Befehl[54]) sowie unter Ehegatten[55]) Diebstahl, Betrug, Unterschlagung sowie alle sonstigen Vermögensdelikte; ferner Vertrauensmißbrauch, Hausfriedensbruch unter den gleichen Voraussetzungen. Dagegen tritt nur Bestrafung um die Hälfte ein, wenn diese Delikte gegen Aszendenten oder Descendenten in gerader Linie begangen sind[56]). Nicht strafbar ist endlich das Kind unter 7 Jahren, entgegen dem japanischen Vorbilde, das in Art. 41 die Grenze auf 14 Jahre festsetzt[57]).

Die Taubstummheit wird im siamesischen Rechte überhaupt nicht erwähnt und nimmt daher auch keine Ausnahmestellung ein. Dem Richter wird es aber unbenommen bleiben, Strafmilderung eintreten zu lassen.

Ein System der schärfenden Umstände ist im siamesischen Rechte nicht herausgearbeitet. Der Einfluß des englischen Rechtes, dem das Gesetz von Indien nachgebildet ist, zeigt sich hier deutlich. Dagegen ist man in bezug auf die mildernden Umstände wiederum dem französischen Vorbilde gefolgt, so daß man das siamesische Gesetz in dieser Hinsicht als ein Zwischending zwischen englischer und französischer Gesetzestechnik auffassen kann.

Die Bewertung gewisser Umstände als strafmildernde wird im Prinzip dem freien Ermessen des Richters überlassen. Nur als Beispiele hierfür, die vom Richter zugelassen werden können (admettre), führt das Gesetz an: geistige Schwäche[58]); gutes früheres Betragen; Bemühungen, den angerichteten Schaden wieder gutzumachen; Selbststellung vor Entdeckung des Deliktes; genaue Darlegung der näheren Umstände zur Erleichterung der Folgen insbesondere des Schadensersatzes. In allen Fällen, wo mildernde Umstände, mit Ausnahme des jugendlichen Alters, vorliegen, kann die Strafe bis zur Hälfte ermäßigt werden, selbst dann, wenn infolge anderweitiger Vorschriften des Gesetzes bereits eine Erhöhung oder Ermäßigung eingetreten war. Die Strafermäßigung innerhalb des möglichen Rahmens ist also dem Richter freigestellt. Dagegen muß Herabsetzung der Strafe auf die Hälfte eintreten, wenn die Tat unter dem Eindrucke einer schweren, ungerechten und plötzlichen Herausforderung begangen ist[59]). Strafschärfung, Milderungs- und Ausschließungsgründe können jedoch nur

---

[53]) Art. 53. [54]) Art. 52. [55]) Art. 54. [56]) Art. 54.
[57]) Art. 56. [58]) Art. 55. »faiblesse d'esprit.« [59]) Art. 55.

gegenüber denjenigen am Verbrechen beteiligten Personen zur Anwendung gelangen, bei denen sie zutreffen [60]).

Der Kriminalität der Jugendlichen hat der siamesische Gesetzgeber ausführliche Bestimmungen gewidmet, die darin ihre Begründung finden, daß die kriminelle Betätigung der Jugendlichen in Siam nach Ansicht der Sachverständigen eine recht erhebliche ist und infolgedessen das besondere Interesse der zuständigen Stellen erweckte. Man hatte sich bisher darauf beschränkt, den Unterschied in der Bestrafung der jugendlichen und erwachsenen Verbrecher darin zu dokumentieren, daß man die ersteren nur mit Prügel oder sonst abgeschwächten Freiheitsstrafen bestrafte. Das geltende Gesetz hat nun ein eigenartiges System aufgestellt, das sich in seinen Grundlinien den Gesetzbüchern von Indien, (Art. 82—83), Italien (Art. 53—56) und Ägypten (Art. 59—67) anschließt.

Vier Altersstufen werden unterschieden: das Alter bis zu 7 Jahren, das Alter von 7 bis zu 14 Jahren, die Zwischenstufe vom 14. bis zum 16. Jahre. Vom 16. Jahre an beginnt dann die volle Strafmündigkeit.

Bis zu der erstgenannten Stufe kann eine Bestrafung überhaupt nicht eintreten. Die zweite Stufe [61]) weist insofern eine Eigentümlichkeit auf, als auch hier zwar eine Strafe nicht verhängt werden kann, wohl aber die Anwendung disziplinarer Maßnahmen möglich ist, die bei dem Kinde unter 7 Jahren in keiner Weise Platz greifen können. Eine Lücke liegt somit nach der Richtung hin vor, daß erst nach dem 7. Jahre das Kind dem bisherigen sozialen Kreise, seinem Milieu entzogen und in eine moralisch gesunde Umgebung gebracht werden kann. Das Gericht kann nun nach freiem Ermessen in Würdigung der näheren Umstände entweder eine richterliche Verwarnung aussprechen oder von den Eltern, den Pflegeeltern oder Vormündern eine Gewähr für gutes ferneres Betragen des Kindes verlangen. Wird diese Garantie geleistet, so kann das Kind den Eltern oder Pflegeeltern wieder zugeführt werden. Diese Garantie bildet ein Gegenstück zu der Friedensgewähr der Erwachsenen. Doch darf sie höchstens auf einen Zeitraum von 3 Jahren sich erstrecken und nur bis zur Höhe von 100 Tikals verhängt werden, für die wiederum nach Ermessen des Gerichts eventuell eine Kaution zu stellen ist. Aus diesen Vorschriften geht hervor, daß, wenn das Kind mit dem vollendeten 7. Jahre eine Straftat begeht, sich die Friedensgewähr im Längstfalle nur bis zum vollendeten 10. Jahre erstrecken kann. Hat sich das Kind dann nichts Gesetzwidriges mehr zuschulden kommen lassen, so wird angenommen, daß es sich auch bis zum 14. Jahre halten wird, zumal dann die Möglichkeit vorliegt, Freiheitsstrafen zu verhängen. Selbstverständlich kann bei neuer Straftat auch eine neue Garantie geboten erscheinen.

---

[60]) Art. 68. [61]) Art. 57.

Als letztes Mittel, das wohl besonders beim Rückfall in Wirksamkeit treten dürfte, ohne aber an das Vorliegen eines solchen gebunden zu sein, kann die Überweisung an eine Besserungsanstalt ausgesprochen werden, in der der Zögling dann bis zum 18. Jahre verbleiben kann. Die Besserungsanstalt soll, dem Charakter ihres Programmes entsprechend, eine »Reformschule« (École de Réforme) sein.

In bezug auf diese Bestimmung ist das Gesetz den Tatsachen vorausgeeilt, da es Reformschulen in Siam noch gar nicht gibt und die Ausarbeitung eines Reglements erst Gegenstand eines künftigen Gesetzes ist. Soviel steht hinsichtlich ihres Charakters aber schon fest, daß es keine Strafanstalten sein werden, sondern daß sie, nach englisch-indischem Vorbilde auf pädagogischer Grundlage beruhend, direkt dem Unterrichtsministerium unterstellt werden sollen. Von dem System der amerikanischen Besserungsanstalten unterscheiden sie sich schon darin, daß die auch in Siam vorgesehene vorläufige Entlassung dem Zöglinge nicht eine Freiheit gibt, die bis auf ein Revisions- und Besuchsrecht der Behörde oder philanthropischen Gesellschaft eine unbeschränkte ist, sondern insofern noch eine engere Fessel übrigläßt, als der Zögling als »Lehrling« ehrbaren Handwerkerfamilien zur Weiterbildung anvertraut werden kann. Der Zusammenhang mit der gerichtlichen Behörde bleibt schon dadurch gewahrt, daß die vollständige Freilassung an eine richterliche Verfügung gebunden ist, die ihrerseits wieder auf die Befürwortung des Reformschuldirektors zurückgreifen muß. Der Charakter als »Schule« findet einen Ausdruck in der Vorschrift, daß mit Gefängnis bereits vorbestrafte Kinder von der Aufnahme in die Anstalt ausgeschlossen sind. Diese Maßnahme erfüllt aber den Zweck einer Scheidung nur unvollkommen, da sie die Möglichkeit offenläßt, daß gänzlich ungeeignete, wenn auch aus irgendwelchen Gründen noch nicht mit Gefängnis bestrafte Jugendliche in die Anstalt aufgenommen werden können und auf diese Weise doch eine sittliche Gefahr für die anderen Zöglinge werden.

Die Altersstufe von 14 bis 16 Jahren verlangt, um eine Bestrafung eintreten zu lassen, eine Vergewisserung des Gerichts darüber, ob der Schuldige die »geistige Reife« (maturité d'esprit, Art. 58) gehabt hat, um die Natur und Ungesetzlichkeit seiner Handlungen beurteilen (apprécier) zu können. Ist dies nicht der Fall, so tritt die gleiche dreigestaltete Berücksichtigungsmöglichkeit ein wie beim Jugendlichen zwischen dem 7. und 14. Jahre.

Durch welche Mittel sich das Gericht diese Überzeugung verschafft, ob Ärzte hinzuzuziehen sind oder freie Beweiswürdigung eintritt, wird im Gesetze nicht gesagt, doch ist letzterer Weg der wahrscheinlichere.

Mit der Forderung »geistiger Reife« bringt das siamesische Gesetzbuch einen ganz neuen Prüfstein in die modernen Strafgesetzbücher.

Daß es sich hier um eine beabsichtigte Neuerung und nicht um eine Zufallswahl des Übersetzers im Ausdrucke handelt, geht schon daraus hervor, daß dem französischen Verfasser der Ausdruck »discernement« des Code Pénal näherliegen mußte. Mit dem Hinweis auf die Reife des Geistes wird auch ein gewisser gegensätzlicher Unterschied zu der Auffassung der sonstigen neuzeitlichen Rechte gelegt, die in der genügenden Entwicklung des sittlichen Verantwortungsgefühls und Verständnisses die Vorbedingungen für die volle strafrechtliche Verantwortlichkeit sehen.

Während aber bei der erstgenannten Altersstufe eine dreifache Möglichkeit der Bewertung vorgesehen ist, bieten sich im anderen Falle nur Ermäßigung der Strafe auf die Hälfte oder die Unterbringung in die Reformschule. Von einer Zurückführung in die Familie unter Stellung einer Gewähr hat man wohl mit Rücksicht auf die innerhalb jener Altersgrenze erreichte körperliche Reife und die Schwierigkeit wirksamer sittlicher Beeinflussung abgesehen.

Der Gedanke, den Delinquenten nach seiner erstmaligen Verfehlung nach Möglichkeit noch einmal vor dem Makel des Vorbestraftseins zu bewahren, hat auch Veranlassung dazu gegeben, der bedingten Verurteilung [62]) Raum zu geben, sofern die Dauer der verhängten Gefängnisstrafe nicht über ein Jahr beträgt und nicht mit Rücksicht auf eine bereits früher ausgesprochene Verurteilung erfolgte. Rückfällige sind demnach von der Wohltat des Gesetzes ausgeschlossen. Der Zeitraum [63]), innerhalb dessen der Schuldige sich straffrei führen muß, um nicht als verurteilt zu gelten, beträgt 5 Jahre. (La condamnation conditionelle sera considérée comme nulle et non avenue.)

Wird der Verurteilte aber vor Ablauf dieser 5 Jahre erneut rechtskräftig zu Gefängnis verurteilt, so tritt zunächst Vollstreckung der ursprünglichen Strafe ein, worauf dann die Abbüßung der zweiten, unter dem Gesichtspunkte des Rückfalles erhöhten Strafe sich anschließt.

Das Prinzip, dem Rechtsbrecher nach Möglichkeit den Eintritt in den Kreis der Bürger wieder zu ermöglichen, hat den siamesischen Gesetzgeber leider dazu verführt, auch dem rückfälligen Verbrecher und sogar dem gewohnheitsmäßigen Delinquenten noch mit einer gewissen Milde entgegenzutreten. Das Gesetz sieht drei Möglichkeiten des Rückfalles vor: den allgemeinen Rückfall, den Sonderrückfall und den zweiten Rückfall.

Unter dem »allgemeinen Rückfall« [64]) versteht das Gesetz den Fall, daß jemand innerhalb eines Zeitraumes von 5 Jahren nach Erlaß oder Verbüßung der erstmaligen Strafe irgendeine neue, nicht als Über-

---

[62]) Art. 41. [63]) Art. 42. [64]) Art. 72.

tretung oder wegen Fahrlässigkeit [65]) zu bestrafende Tat begeht. Die Strafe für dieses Delikt erhöht sich in diesem Falle um ein Drittel.

Die Systematik des Sonderrückfalles muß als wenig geglückt betrachtet werden. »Sonderrückfall« liegt vor, wenn der Täter innerhalb eines Zeitraumes von 3 Jahren nach Verurteilung zu einer Strafe von mindestens 6 Monaten ein zweites Delikt begeht, das sich mit dem ersten in eine gleiche Klasse von Delikten einreihen läßt, deren das Gesetz zwölf aufzählt [66]). Die zwölf Klassen weisen zunächst hinsichtlich ihrer Benennung wesentliche Unterschiede mit den Überschriften der Kapitel im Besonderen Teile auf, so daß schon hierdurch Ungenauigkeiten und Unvollständigkeiten entstehen, deren Folgen noch fühlbarer werden müssen, als die Einreihung in eine bestimmte Typenklasse Voraussetzung für die Möglichkeit erhöhter Strafbarkeit ist. Sodann aber wird durch die erforderliche Einrangierung der Haarspalterei und der Möglichkeit langwieriger Revisionen und Anfechtungen Tür und Tor geöffnet. Die Strafe für das zweite Delikt erhöht sich in diesem Falle um die Hälfte.

Der zweite Rückfall [67]), also das dritte Delikt, erfährt verdoppelte Strafe, wenn der Täter schon zweimal wegen eines Eigentumsverbrechens (Diebstahl, Raub, Straßenraub, Seeraub, Betrug, Unterschlagung, Vertrauensmißbrauch) mit mindestens je 6 Monaten Gefängnis bestraft war und nun innerhalb eines Zeitraumes von 5 Jahren nach der letzten Strafe mit einem gleichen Delikte rückfällig wird. Hier ist aber die beengende Gleichartigkeit der Typen nicht erforderlich, so daß der Gesetzgeber offensichtlich von dem Grundsatze ausgeht, die Gemeingefährlichkeit ohne weitere Bedingungen zu treffen.

Bei den Übertretungen [68]) wird dagegen die Klassifikation wieder eingeführt und im entsprechenden zweiten Begehungsfalle eine Verdoppelung der Strafen angedroht.

Wie bereits erwähnt, kann beim Vorliegen mildernder Umstände, von denen der Gesetzgeber nur einige als Beispiele aufführt, die Strafe bis auf die Hälfte des sonst zu verhängenden Maßes herabgesetzt werden. Die tatsächlich erzielte Strafhöhe kann aber bis auf ein äußerst niedriges Strafmaß weiter reduziert werden, weil das siamesische Gesetz ein kompliziertes Berechnungssystem der Strafen unter dem Vorliegen gewisser Umstände oder Berücksichtigungsmöglichkeiten vorsieht.

Absolute Strafen, wie die Todesstrafe oder lebenslängliches Gefängnis, sind selbstverständlich einer Steigerung oder Verbindung mit anderen Strafen nicht fähig [69]) auch die Konfiskation steht außerhalb einer derartigen Möglichkeit [70]). In gleicher Weise ist selbst bei aus-

[65]) Art. 75. [66]) Art. 73. [67]) Art. 74. [68]) Art. 76.
[69]) Art. 35. [70]) Art. 34.

gedehntester Häufung von zeitigen Freiheitsstrafen eine Erhöhung über die Zeitdauer von 20 Jahren unmöglich, vorausgesetzt natürlich[71]), daß keines der Delikte an sich schon eine Ahndung durch lebenslängliches Gefängnis verlangt.

Handelt es sich darum aus gesetzlichen oder dem freien Ermessen des Gerichtes anheimgestellten Gründen von der Todesstrafe abzusehen und eine ermäßigte Strafe an ihre Stelle zu setzen, so sieht das Gesetz [72]) zwei Fälle vor: die Herabsetzung um ein Drittel, und die Herabsetzung um die Hälfte. Im ersten Falle tritt lebenslängliches Gefängnis oder Gefängnis von 16 bis 20 Jahren ein, im zweiten Falle lebenslängliches Gefängnis oder Gefängnis von 12 bis 20 Jahren, so daß also innerhalb dieser Strafmöglichkeiten und Strafrahmen dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum gelassen ist.

Ähnlich verhält es sich[73]), wenn die zugrunde liegende Strafe lebenslängliches Gefängnis ist. Auch hier führt das Gesetz die beiden gleichen quantitativen Möglichkeiten auf und stellt je nachdem zwei Strafrahmen zur Verfügung: Gefängnis von 12 bis 15 Jahren und von 9 bis 12 Jahren.

Liegen aber gleichzeitig strafschärfende und mildernde Momente vor, so werden zunächst die ersteren berücksichtigt und von der somit erzielten Strafe die Abzüge in Anrechnung gebracht. Um nun dem Richter die Möglichkeit zu geben, dem Schuldigen noch mehr entgegenzukommen und ihm selbst die Verhängung einer nur geringen Gefängnisstrafe zu ersparen, ist ausdrücklich bestimmt[74]), daß, wenn die ermäßigte Strafe endgültig höchstens noch einen Monat in Verbindung mit einer Buße beträgt, der Richter von der Verhängung einer Freiheitsstrafe überhaupt absehen und nur auf Buße erkennen kann.

Den Bestimmungen über mildernde Umstände schließt der siamesische Gesetzgeber die strafrechtliche Behandlung des Versuches[75]) an, der bei Übertretungen nicht strafbar ist. Das siamesische Gesetz ist hier Wege gegangen, die abseits von der Mehrzahl der sonstigen modernen Gesetze liegen, und weist daher auch eine Reihe von Lücken auf, die der Beantwortung in einem neuen Gesetzbuche harren. Eine Definition des Versuches wird nicht gegeben, wie überhaupt eine Bestimmung fehlt, die sich inhaltlich mit dem § 43 des deutschen Strafgesetzbuches deckt oder Hinweise auf die strafrechtliche Behandlung des »fehlgeschlagenen Deliktes« enthält. »Wer ein Delikt zu begehen versucht und an seiner Vollendung nur durch Umstände verhindert wird, die unabhängig von seinem Willen sind, wird mit den um ein Drittel herabgesetzten Strafen bestraft, die für das Delikt selbst vorgesehen sind«[76]).

[71]) Art. 36. [72]) Art. 37. [73]) Art. 38. [74]) Art. 40.
[75]) Art. 60 und 61. [76]) Art. 60.



Dieser Nichtvollendung des Deliktes »par des circonstances indépendentes de sa volonté«, steht der sogenannte »nicht beendete Versuch«[77]) im Sinne des § 46 I. gegenüber, wo der Täter, der ein Delikt zu begehen versucht hat, aber freiwillig von der weiteren Ausführung Abstand nimmt, nur für diejenigen strafbaren Handlungen verantwortlich gemacht wird, die er tatsächlich begangen und ausgeführt hat. Es fehlt also im siamesischen Rechte jeder Hinweis auf das fehlgeschlagene Verbrechen, den sogenannten beendeten Versuch und die tätige Reue des § 46 ² des deutschen Rechtes. Die Gründe für diese Nichtberücksichtigung lassen sich nur in der angeblichen Schwierigkeit scharfer dogmatischer Abgrenzung der einzelnen Abstufungen vermuten, die sich dem einfachen Richter darbieten.

Ebenso kompliziert wie andererseits lückenhaft sind die Bestimmungen über Verbrechensmehrheit, die der siamesische Gesetzgeber mit zwei Artikeln[78]) erledigen zu können geglaubt hat. Verletzt nämlich eine Handlung zu gleicher Zeit mehrere Bestimmungen des Gesetzes, so wird die Bestimmung als maßgebend herangezogen, welche die höchste Strafe vorsieht.

Dagegen tritt das Kumulationssystem ein, wenn in demselben Urteil der Täter mehrerer verschiedener Delikte für schuldig befunden wird; doch darf die Gesamtfreiheitsstrafe 20 Jahre nicht überschreiten und ebensowenig die an Stelle der Buße tretende Gefängnisstrafe 2 Jahre.

Ungeklärt bleibt somit die strafrechtliche Behandlung des Dauerverbrechens sowie des fortgesetzten Verbrechens.

Im System der Täterschaft unterscheidet das Gesetz zwischen Haupttäter (auteur principal) und Mittäter (complice); und hinsichtlich der Teilnahme zwischen Anstifter und Gehilfen, ohne aber hierfür besondere Ausdrücke zu wählen. Haupttäter und Anstifter werden in gleicher Weise mit »auteur principal« bezeichnet. Haupttäter ist jeder der an der Ausführung einer in den Tatbestand des Verbrechens hineinfallenden Handlung direkt teilgenommen hat[79]). Dem Haupttäter hinsichtlich der Bestrafung gleichgestellt sind die Anstifter, d. h. diejenigen, die eine andere Person durch Geschenke, Drohungen, Gewalt, Versprechungen, Mißbrauch der Autorität oder sonst irgendwie zur Begehung des Verbrechens bestimmt oder veranlaßt haben (déterminé ou provoqué). Somit trifft das Gesetz durch die Aufführung der beiden Formen, unter denen sich die Anstiftung vollziehen kann, auch den mittelbaren oder intellektuellen Uiheber. Beihilfe zur Übertretung[80]) ist nicht strafbar.

Dem Kapitel von der Täterschaft schließt sich die Bestrafung der Preßvergehen an, die keinerlei Besonderheiten vor sonstigen Strafgesetzbüchern aufweist.

[77]) Art. 61. [78]) Art. 70 und 71. [79]) Art. 64. [80]) Art. 69.

Mit der Verjährung der Strafklage sowie des Strafvollzuges und einer Abhandlung über die Zivilklage, denen die beiden letzten Kapitel gewidmet sind, hat das vorliegende siamesische Strafgesetzbuch eine Neuerung eingeführt und behandelt diese Frage im Zusammenhang mit dem materiellen Strafrecht, während sie sonst getrennt in den einschlägigen Prozeßordnungen ihren Platz finden. Das Gesetz spricht in der Überschrift des Kapitels von einer »prescription de l'action publique et de la peine; stellt aber im Texte des Artikels 77 der »action publique« nicht die »peine« schlechthin gegenüber, sondern »le droit d'exécuter la peine«, also den Strafvollzug. Während aber bei den Vorschriften über die Verjährung des Strafvollzuges [81]) der Ausdruck »l'exécution de la peine se prescrit . . .« gewählt ist, heißt es bei der Verjährung des Strafvollzuges wieder schlechthin: »la prescription de la peine est interrompue . . .« [82]). Mit dem Tode des Schuldigen hören Strafklage und Strafvollzug naturgemäß auf. Dem Lebenden gegenüber tritt aber eine vierfache Verjährung der Strafklage (Klageanspruches oder Strafverfolgung) ein, die von 1 bis zu 20 Jahren sich abstuft. Die längste Dauer entspricht den beiden schwersten Strafen: Todesstrafe und lebenslängliches Gefängnis. Die zweite Verjährungsstufe von 15 Jahren umfaßt diejenigen Delikte, die mit mehr als 7 bis zu 20 Jahren Gefängnis ihre Ahndung finden würden; die fünfjährige Verjährung tritt bei angedrohten Strafen von mehr als 1 Monat bis zu 7 Jahren ein, während die letzte Stufe von einem Jahre allen sonstigen Delikten, einschließlich den Übertretungen, vorbehalten bleibt. Ist schon eine Verjährungsfrist von 20 Jahren eine Zeitspanne, die kaum noch Anspruch auf die Möglichkeit tatsachengetreuer Unterlagen erheben kann, so kann diese Unsicherheit noch die Möglichkeit weiterer Verdunkelung durch die Klageunterbrechung erfahren, für deren Inkrafttreten jede auf Verfolgung abzielende Handlung vor einem Gerichte, jede gerichtliche Aufforderung an den Täter, jeder gerichtliche aktenmäßige Schritt unter Hinweis auf das Delikt genügt. Dagegen ist eine Verjährungsfrist des Klageanspruches von nur 3 Monaten nach Kenntnis vom Verbrechen und Täter vorgesehen, wenn bei Antragsdelikten der berechtigte Antragsteller innerhalb dieses Zeitraumes nicht Gebrauch gemacht hat. Aus der Formulierung »du jour ou le délit et son auteur lui sont connus« geht somit hervor, daß es die kurze Verjährung eines Antragsdeklites nicht gibt, solange nicht beide Bedingungen erfüllt sind. Selbstverständlich schließen bei Antragsdelikten Zurücknahme der Klage sowie gezahlte Buße jede weitere Strafklage aus.

Die Vollstreckungsverjährung stimmt mit der Klageverjährung hinsichtlich der beiden erstgenannten Fristen überein; dagegen stellt sie

[81]) Art. 82. [82]) Art. 84.



für die dritte und vierte Kategorie eine gemeinsame Frist von 5 Jahren auf. Verhaftung des Schuldigen sowie jedwede richterliche, die Strafvollstreckung anordnende Verfügung lassen eine neue Verjährungsfrist beginnen. Verjährung der Klage sowie der Strafvollstreckung kommen dem Täter zugute, auch wenn er sich auf sein Recht nicht beruft; ihr Vorliegen muß von Amts wegen geltend gemacht werden.

Das letzte Kapitel des Allgemeinen Teiles mit der Überschrift »Zivilklage« läßt deutlich erkennen, daß es sich um eine eilig dem Strafgesetzbuche angegliederte Materie handelt. In einer sichtlichen Unordnung werden Fragen behandelt und Bestimmungen erlassen, die entweder den neu eingefügten prozeßrechtlichen Bestimmungen hätten vorangehen oder systematisch eingereiht werden müssen.

Dem Kapitel wird der prozeßrechtliche Satz [83]) als Ausgangspunkt vorangestellt, daß jedes Delikt Veranlassung und Unterlage sowohl für die Straf- wie für die Zivilklage gibt und in sich birgt. Der Schadenersatz, den die geschädigte Partei beanspruchen kann, geht weit über das Maß der vom deutschen Rechte umrahmten Möglichkeiten hinaus und reicht, wie auch z. B. in Venezuela, an die germanische Haftung heran. Er umfaßt Rückgabe der Werte, deren die verletzte Partei durch das Delikt verlustig gegangen ist, oder Wertersatz sowie der »Schadeninteressen für alle Schäden, die als Folgen des Delikts sich darstellen [84]). Das Endurteil in der Zivilklage muß in Übereinstimmung mit den einschlägigen Vorschriften des Zivilgesetzbuches über die zivilrechtliche Haftung und Verantwortlichkeit ergehen, und zwar ist nach dieser Richtung hin die Verurteilung oder Freisprechung des Beschuldigten (inculpé) von keinerlei Einfluß [85]). Da ferner die Verjährungsfristen sich nach den Terminen der Strafklage richten, so ist eine außerordentlich weitreichende Schadensphäre und somit Ersatzsphäre möglich [86]). Soweit im Urteil nichts anderes bestimmt ist, tritt solidarische Haftung aller schuldigen Personen ein, die sich aber nur auf die Zahlung erstreckt und selbstverständlich nicht etwa auf die an Stelle der nicht beizutreibenden Zahlung tretende Gefängnisstrafe ausgedehnt werden kann [87]). Die Beitreibung der der geschädigten Partei zugesprochenen Werte richtet sich nach den entsprechenden Vorschriften über die Buße. Um nun Konkurrenzfragen wegen der Reihenfolge der zu befriedigenden Ansprüche auszuschalten, bestimmt das siamesische Gesetz [88]), daß zunächst die Gerichtskosten, sodann der Schadenersatz im weitesten Sinne und endlich die Buße (Geldstrafe) zu decken sind. Wieweit der Gedanke vorherrscht, dem Schuldigen seine Verpflichtung zum Schadenersatz fühlbar zu machen und ihn für seinen Rechtsbruch an seinem Vermögen zu strafen, geht

[83]) Art. 87. [84]) »dommages-intérêts pour tous autres dommages résultant du délit.« [85]) Art. 91 I. [86]) Art. 96. [87]) Art. 93. [88]) Art. 94.

aus der sehr bemerkenswerten Bestimmung hervor [89]), daß der Richter, selbst wenn die verletzte Partei die Schadenersatzklage (Zivilklage) nicht erhebt, doch die Rückgabe aller in Betracht kommenden Gegenstände oder ihrer Gegenwerte an den rechtmäßigen Eigentümer aussprechen kann.

Das siamesische Gesetz huldigt einer ganz eigenartigen Form der Verbindungsklage (Adhäsionsprozeß). Die Erhebung der Strafklage hält die Geltendmachung der Zivilklage nicht auf, so daß also beide Klagen gleichzeitig oder nacheinander vorgebracht werden können [90]). Die Zivilklage kann nun aber entweder bei dem mit der Strafklage sich befassenden Richter oder aber bei dem zuständigen Zivilrichter anhängig gemacht werden. Ein Zivilurteil kann jedoch nur auf Grund des im Strafurteil festgesetzten Tatbestandes ergehen, sofern ein solches überhaupt gefällt ist.

Aus dem Besonderen Teile des siamesischen Strafgesetzbuches, das aus elf Titeln besteht, können an dieser Stelle nur einige besonders auffallende Abweichungen oder bemerkenswerte Bestimmungen hervorgehoben werden. Unter den ausführlichen Tatbeständen des ersten Titels ist aus dem Kapitel »Delikte gegen die innere Sicherheit des Staates« erwähnenswert die mit Gefängnis bis zu 3 Jahren und Buße bis zu 1000 Tikals zu bestrafende öffentlich begangene Handlung [91]) die »ausdrücklich darauf abgestellt war, Haß oder Verachtung gegen den Souverän, die Regierung oder Staatsgewalt zu erregen, Unzufriedenheit oder Mißstimmung unter der Bevölkerung hervorzurufen, und dies auf eine (susceptible manière) Art, die ersichtlich den öffentlichen Frieden stören soll, die Bevölkerung dazu aufstachelt, die Gesetze des Landes zu übertreten«. Die weite Fassung dieses Gesetzes gibt dem Staatsanwalte die Möglichkeit sehr energischen Einschreitens, wenn irgendwelche Anzeichen von regierungsfeindlichen Strömungen sich bemerkbar machen. Die Presse wie der Privatmann und der Priester können in gleicher Weise auf Grund dieser Bestimmungen zur Verantwortung gezogen werden, so daß ein besonderer »Kanzelparagraph« oder ein Pressegesetz sich erübrigen.

Dem »Entweichen von Gefangenen« widmet der Gesetzgeber nicht weniger als neun Artikel. Bestraft wird nicht nur das Entweichenlassen von Gefangenen seitens Privatpersonen und mit der Bewachung beauftragter Beamter, sondern auch der Gefangenen selbst. Bei den Beamten regelt sich die Höhe der Strafe nach Art und Dauer der Strafe des Häftlings, wobei bis auf zehn Jahre erkannt werden kann, sowie nach dem Grade der Verschuldung, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Der fahrlässig handelnde Beamte hat sogar Aussicht auf sofortiges Einstellen weiterer Strafverbüßung, wenn der entwichene Sträfling

[89]) Art. 95. [90]) Art. 88. [91]) Art. 104.

innerhalb von vier Monaten wieder aufgegriffen wird. Für die Höhe des Strafmaßes, die über den Beamten verhängt werden soll, ist die Dauer der noch zu verbüßenden Strafzeit des Schuldigen und die Schwere des Deliktes von wesentlichem Einfluß. Hinsichtlich der Selbstbefreiung enthält das siamesische Recht im Anschluß an das japanische die eigenartige Bestimmung, daß die Flucht auch dann bestraft wird, wenn weder Gewalt noch Drohung angewendet oder irgendwelche Haftvorrichtungen verletzt oder umgangen wurden. Man will mit dieser Bestimmung verhindern, daß die örtlichen oder natürlichen Schwierigkeiten bei der Beaufsichtigung der mit Arbeit beschäftigten Sträflinge einen besonderen Anreiz zur Flucht bieten[92]).

Ermunterung[93]) irgendwelcher Art zur Begehung einer strafbaren Handlung wird mit einem Viertel der auf das Delikt selbst gesetzten Strafe geahndet, wobei es hinsichtlich der »Ermunterung« (encouragement) in irgendeiner Form gleich ist, ob sie öffentlich oder nicht öffentlich vor sich gegangen ist. Dagegen tritt bei der öffentlichen Aufforderung[94]) (provocation), öffentlich angebotener Belohnung oder bei Versprechen sonstigen Vorteils eine wesentliche Erhöhung oder Verschärfung der Strafe ein. Wer sich selbst gegen eine Belohnung zur Begehung einer strafbaren Handlung erbietet, wird ebenso bestraft wie der Ermunterer zur Straftat[95]).

Mit sechs Artikeln[96]) gedenkt das Gesetz der Geheimbünde von Verbrechern, die in Siam noch häufig sind und ihren Ursprung zum Teil dem eingewanderten chinesischen und japanischen Kontingent verdanken. Bereits am 1. Oktober 1897 war in Siam ein Gesetz ergangen, das die Registrierung aller Vereine vorsah, um auf diese Weise eine Überwachung zu ermöglichen. Schon die bloße Zugehörigkeit zu einem »Geheimbunde«, dessen Zweck kein gesetzmäßiger und dessen Akten geheim sind, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren und Buße bis zu 5000 Tikals bestraft. Die Anführer und Beamten der Geheimbünde trifft geschärfte Strafe. Der französische Begriff »actes« ist doppelsinnig und gestattet sowohl eine Bezugnahme auf die Akten, worunter Satzung, Protokolle usw. zu verstehen sein würden, wie auf die Handlungen selbst, die als Ausfluß des Bundeszweckes oder seiner Beschlüsse anzusehen sind. Die Zugehörigkeit zu einem Geheimbunde wird bei allen vorausgesetzt, die einer Versammlung des Bundes beiwohnen; es sei denn, daß sie schlüssig ihre Unkenntnis der Ziele und des Verhandlungsgegenstandes der Sitzung nachweisen können. Kommt ein Verbrechen, das in einer Sitzung des Geheimbundes beschlossen ist, zur Ausführung, so gelten nicht nur jeder, der bei Begehung der Tat oder der Fassung des Beschlusses zugegen war, sondern auch alle

[92]) Art. 163—171. [93]) Art. 174. [94]) Art. 175.
[95]) Art. 176. [96]) Art. 177—182.

Führer und Beamte des Bundes als Täter. Der Grundsatz des »Mitgegangen, Mitgefangen, Mitgehangen«, wird hier im weitesten Maße zur Geltung gebracht.

Im Kapitel der »Delikte gegen die öffentliche Sicherheit, öffentlichen Verbindungen und öffentliche Gesundheit«[97]), das in erster Linie die durch »Brandlegung« begangenen Delikte behandelt, fällt zunächst auf, daß das siamesische Gesetz sich nirgends eines dem deutschen Worte »Brandstiftung« entsprechenden Ausdruckes bedient, sondern nur allgemein von »mettre le feu« spricht. Bei dem Mangel einer Feuerversicherung im europäischen Sinne und der Gefährlichkeit eines Brandes in einem Lande, das noch nicht über wirksame Bekämpfungsmöglichkeiten wie Feuerwehr und ähnliche Einrichtungen verfügt, ist die Wahl einer vorsichtigen Fassung erklärlich, um die Bestrafung einer gefährlichen Handlungsweise schon im Anfangsstadium ihrer Ausführung zu gestatten.

Besonders hart wird auch jede Beschädigung oder gar Zerstörung eines öffentlichen Weges, eines Verkehrswerkes oder Verkehrsmittels bestraft: eine Maßnahme, die sich aus der erhöhten Bedeutung derartiger Einrichtungen für die Allgemeinheit in einem noch so wenig erschlossenen Lande erklärt.

Die Behandlung der Sittlichkeitsdelikte[98]) weicht in grundsätzlichen Punkten von der Regelung ab, die in den meisten modernen Gesetzbüchern getroffen ist. Die Verführung eines Minderjährigen unter 12 Jahren zu einem fleischlichen Verkehr (Commerce charnel) wird ebenso mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft wie die Auslieferung eines solchen Minderjährigen an eine dritte Person zum Zwecke der Unzucht. Handelt es sich um die Verführung eines Mädchens im gleichen Alter, so ist auf eine Strafe von 2—10 Jahren und Buße von 50—500 Tikals zu erkennen. Widernatürliche Unzucht[99]) zwischen Personen des gleichen oder anderen Geschlechts sowie Sodomie, finden in dem weiten Strafrahmen von drei Monaten bis zu drei Jahren Gefängnis und entsprechender Buße ihre Ahndung. Liegen Zwang oder Drohung seitens des Täters vor, so tritt erhöhte Strafe ein, die bis zu lebenslänglichem Gefängnis gesteigert werden kann, wenn der Tod des Opfers als Folge der Tat anzusehen ist. Die Strafen für Sittlichkeitsdelikte müssen nach siamesischem Rechte als sehr hohe angesprochen werden. Inwieweit hierin ein Rückschluß auf die Sittlichkeit und die moralischen Anschauungen des Volkes gestattet ist, soll dahingestellt bleiben. Hohe Strafen können ebenso der Ausfluß einer hohen Kulturstufe sein, die ihrem Abscheu im Strafmaße einen Ausdruck gibt, wie eines sittlichen Tiefstandes, bei dem man von drakonischer Strafe eine Abschreckung, eine Besserung erhofft.

---

[97]) Art. 185—201. [98]) Art. 240—248.
[99]) Conjonction charnelle contre l'ordre de la nature.



Im Kapitel über »Tötung«[100]) findet ein Tatbestand besondere Erwähnung und geeignete Ahndung, dessen milde Bestrafung nach deutschem Rechte und deutscher Rechtsprechung so oft das Rechtsbewußtsein des Volkes empört. Körperverletzung mit unbeabsichtigter Todesfolge nämlich wird mit Gefängnis von 3 bis zu 15[101]) Jahren bestraft, das auf 3 bis 20 Jahre erhöht werden muß, wenn gewisse Begleitumstände der Tat zu verzeichnen sind, von denen Quälereien oder Grausamkeiten, Torturen, besonders namhaft gemacht werden.

Mit so energischen Strafmitteln kann auch der Mißhandlung von Kindern ein wirksamer Riegel vorgeschoben werden.

Bei den Körperverletzungen, die unter dem Sammelbegriff »sévices«[102]) zusammengefaßt sind, unterscheidet das siamesische Gesetzbuch die einfache Verletzung des Körpers oder der geistigen Kräfte; die Körperverletzung unter erschwerenden Umständen und die schwere Körperverletzung mit gewissen Folgen, unter denen Kastration, dauernde Entstellung des Gesichtes, dauernde oder voraussichtlich dauernde Schwäche oder Krankheit sowie zwanzigtägiges schweres Leiden oder Arbeitsunfähigkeit besonders zu nennen sind. Körperverletzungen im Streit zwischen mindestens drei Personen und fahrlässige Körperverletzungen werden entsprechend milder geahndet.

Elf Artikel[103]) des Gesetzbuches befassen sich mit den Delikten gegen die persönliche Freiheit, unter denen die Bestimmungen gegen den Sklavenhandel von besonderem Interesse sind. Das Gesetz unterscheidet scharf zwischen der Freiheitsberaubung im europäischen und dem Sklavenhalten im orientalischen Sinne. Mit Gefängnis von 1 bis 7 Jahren und Geldstrafe von 100 bis 1000 Tikals wird bestraft, wer eine Person als Sklaven einführt, ausführt, transportiert, kauft oder verkauft oder wer über sie als Sklaven verfügt oder wer sie als Sklaven annimmt oder unter dieser Form gegen ihren Willen festhält[104]).

Diesem Wortlaute nach müßte jeder Sklavenhandel ausgeschaltet sein. Das Gesetz läßt aber ein Hintertürchen offen, durch das indirekt ein Fortbestehen der alten Sklaverei, wenn auch in abgeschwächter Form, weiter ermöglicht wird. Denn der gleiche Artikel bestimmt, daß niemand wegen Sklavenhaltens oder Verfügens über Sklaven verfolgt werden kann, der dies gesetzmäßig in Ansehung der durch die Bestimmungen über Abschaffung der Sklaverei geschaffenen Ausnahmen tut.

Diese Einschränkung ist ein Zugeständnis an das bisherige siamesische Recht und stellt gleichzeitig einen Übergang zu neuzeitlicher Auffassung dar. Seit dem Gesetz vom 31. März 1905 ist die Sklaverei in ihrer ursprünglichen Form abgeschafft, die es dem in der Sklaverei Geborenen oder dem Kriegsgefangenen oder dem von seinen Eltern verkauften

[100]) Art. 249—253. [101]) Art. 251. [102]) Art. 254—259.
[103]) Art. 268—278. [104]) Art. 269 I.

Kinde unmöglich machten, jemals eine Freiheit zu erringen. Es bleibt aber noch ein sklavenähnlicher Zustand bestehen, von dem das alte Gesetz folgende zwei Formen kannte: Schuldsklaven und Lohnsklaven.

Die ersteren waren säumige oder zahlungsunfähige Schuldner, die durch richterlichen Spruch zur Abarbeitung der Schuld verurteilt waren und deren Freiheit in dem Augenblicke wieder eintrat, wo der Betrag abgearbeitet war. Der Lohnsklave war bisher ein freier Mann gewesen, der freiwillig einen Dienst gegen einen im voraus bezahlten Betrag annahm und sich dadurch seiner Freiheit begab. Theoretisch war auch hier eine Befreiung möglich; praktisch war dies aber um deswillen bis zur Unmöglichkeit erschwert, als eine Anrechnung der Dienste auf das Kapital nicht erfolgte. Mit dieser drakonischen Maßnahme hat zwar das neue Gesetz insofern gebrochen, als es jetzt die Anrechnung einer festen Summe von 4 Tikal monatlich auf das vorgeschossene Kapital anordnet. In allen diesen genannten Fällen handelt es sich um Antragsdelikte.

Der Kinderhandel zu allen möglichen Zwecken ist alter siamesischer Brauch, gegen den das vorliegende Gesetzbuch in ausführlicher Weise unter der Bezeichnung »Entführung« Stellung nimmt. Zwei Altersstufen werden abgegrenzt: das Alter bis zu 10 Jahren und die Stufe von 10 bis zu 14 Jahren, wobei im zweiten Falle weiter unterschieden wird, ob ohne oder mit Einverständnis des Kindes gehandelt, ob die Entführung etwa in unsittlicher oder gewinnsüchtiger Absicht erfolgte. Auch die Entführung einer Frau zu unsittlichen Zwecken unter falschen Vorspieglungen oder Anwendung von Gewalt oder List kann eine Gefängnisstrafe bis zu 7 Jahren und Geldstrafe bis zu 1000 Tikals nach sich ziehen.

Zum Schutze gegen Ausbeutung siamesischer Landeskinder durch gewissenlose Auswanderungsagenten, die unter Vorspieglung hoher Löhne zur Auswanderung verführen oder die Auswanderer dann in Not und Bedrängnis sitzen lassen, enthält das Gesetz am Schlusse des Kapitels eine bis zu 7 Jahren Gefängnis und Geldstrafe bis 2000 Tikals sich erstreckende Strafandrohung.

Einen interessanten Einblick in den Charakter der Siamesen als Landvolk gewährt die Bestimmung [105]), daß unter den verschiedenen Formen des Diebstahls am schwersten der Diebstahl eines Elefanten oder dreier oder mehr Arbeits- bzw. Lasttieren bestraft wird. Die außerordentlich hohe Strafe von 3 bis 7 Jahren und Geldstrafe von 100 bis 1000 Tikals erklärt sich aus der Bedeutung, die das Arbeitsvieh in Siam hat und ohne dessen Mithilfe die Ausübung mancher Forst- und Industriearbeit unmöglich wäre. Grundgedanken germanischer Rechtsauffassung finden hier bemerkenswerte Anklänge.

[105]) Art. 296.

Einen noch glücklicheren Griff zum Schutze des öffentlichen Vertrauens und einer gesunden Entwicklung des Geschäftslebens tat der siamesische Gesetzgeber, indem er bei dem Abschnitt über »Vertrauensmißbrauch« folgende Bestimmung[106]) neu einführte und an die Spitze des Kapitels setzte: »Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten eine unberechtigte Wohltat (bénéfice illégitime) zu verschaffen, zu seinem oder eines Dritten Vorteil (profit) ein einem Anderen ganz oder teilweise gehörendes Gut (bien) hinterzieht (détourne), das seiner Sorgfalt, Obhut oder Verwaltung anvertraut war oder das ihm gesetzlich oder durch den Deponierenden für einen bestimmten Zweck (usage) anvertraut war, macht sich des Vertrauensmißbrauches schuldig und wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren und Geldstrafe bis zu 2000 Tikals bestraft.«

Das Gesetzbuch von Siam zeigt hier einen wesentlichen Vorsprung vor dem deutschen Strafgesetzbuche. Der unselige Unterschied zwischen strafrechtlichem und zivilrechtlichem Betruge, dessen Bestehen sich zum schweren Schaden des deutschen Geschäftslebens herausgebildet hat; die tatsächlich bestehende Hilflosigkeit des deutschen Rechtes gegenüber dem Gauner, der zwischen den Maschen des Strafrechtes sich hindurchzuwinden versteht; die Aussichtslosigkeit für den Geschädigten, wieder zu den ihm vom gerissenen »Geisteskranken« oder sonstwie durch Offenbarungseid oder ähnliche Manöver geschützten Schieber zu gelangen: alle diese Möglichkeiten haben im vorliegenden siamesischen Gesetzbuche keine Stütze mehr gefunden. Bisher bot sich auch im siamesischen Rechte dem Gauner, der sich nicht der typischen Unterschlagung oder des Betruges schuldig gemacht hatte, insofern noch ein Ausweg, als er nur mit einer auf Rückgabe gerichteten Klage gefaßt werden konnte, falls er den Empfang der fraglichen Sache zugestand. Tat er das nicht, so konnte er allerdings bei gelungenem Beweise des nicht besitzenden Eigentümers zur Zahlung des doppelten Betrages verurteilt werden. Nur der Fiskus nahm eine gesichertere Stellung ein, indem die gegenüber ihm begangene Handlung als Schädigung staatlichen Gutes bestraft wurde. Wie in Deutschland, so hatten auch in Siam die Richter das Fehlen einer die Lücke im Gesetz schließenden Strafbestimmung schwer empfunden, da auch dort unter den einfacheren Verhältnissen die Einreihung des Tatbestandes in das vorhandene Typensystem nicht immer gelang. Der Tatbestand der Unterschlagung ist nach wie vor im siamesischen Rechte enthalten und grenzt sich scharf vom Diebstahl und Vertrauensmißbrauch ab.

Die vom Gesetz als »Übertretungen«[107]) gekennzeichneten Handlungen werden in neun Artikeln behandelt und in Rubriken nach der Art des Tatbestandes sowie des verletzten Rechtsgutes eingeteilt. Inner-

[106]) Art. 314. [107]) Art. 332—340.



halb der Rubriken erfolgt dann wieder eine Klassifikation je nach der Höhe des angedrohten Strafmaßes in vier Gruppen: A, B, C und D, von denen die beiden ersten Stufen nur Geldstrafen (1 bis 12 und 1 bis 50 Tikals), die beiden anderen Gefängnis von 1 bis 10 bzw. 1 bis 30 Tagen in Verbindung mit Geldstrafe von 1 bis 50 bzw. 1 bis 100 Tikals, vorsehen, wobei es dem Richter freisteht, im letztgenannten Falle beide Strafen zusammen zu verhängen oder von der einen oder anderen abzusehen. Ist die Bestrafung wegen Fahrlässigkeit nicht besonders ausgeschlossen, so kann auch jede Übertretung unter dem Gesichtspunkte fahrlässiger Begehung geahndet werden [108].

Wie die Delikte im Hauptteile, sind auch die Übertretungen mit Überschriften bei den einzelnen Kapiteln versehen, die sich beziehen auf Verfehlungen gegen: Verwaltung und Justiz; öffentliche Sicherheit und Gesundheit; öffentliche Verbindungen, wie Straßen, Wege, Brücken usw.; gute Sitten; Personen; Freiheit und guten Ruf: Eigentum. Eingearbeitet sind im siamesischen Rechte an dieser Stelle eine Reihe von Tatbeständen, die in anderen modernen Gesetzbüchern entweder dem Polizeistrafrecht oder der Sondergesetzgebung angehören, z. B.: Bestrafung der Überanstrengung von Arbeits- und Lasttieren, Tierquälerei und Schlachtung unter unnötigen Qualen für das Opfer; Schlägereien oder Trunkenheit auf offener Straße; Verkauf von alkoholischen Getränken an Betrunkene oder Kinder unter 14 Jahren; mangelnde Aufsicht bei der Obhut anvertrauter Geisteskranker oder gefährlicher Tiere; Versagen der Hilfe ohne triftigen Grund gegenüber öffentlicher Aufforderung zur Vertreibung von Räubern; Beunruhigung der Bevölkerung durch Ausstreuen falscher Gerüchte; Zubereitung und Verkauf von Getränken und Speisen durch mit ansteckenden Krankheiten behaftete Personen; überschnelles Fahren auf öffentlichen Wegen; Verstöße gegen die Fahrordnung; Werfen von Schmutz oder harten Gegenständen nach anderen Personen, selbst wenn diese nicht getroffen wurden; Beschmutzen fremder Wohnungen oder Gärten.

So zeigt das vorliegende siamesische Strafgesetzbuch eine glückliche Verquickung moderner Strafrechtspflege mit berechtigten Forderungen an die Eigenart, die jedes Volk besitzt und berücksichtigt sehen will, um Gesetz und Recht nicht als Fremdkörper zu empfinden. Rechtsempfinden und Rechtsbegriffe, die mit uns geboren und uns anerzogen sind, dürfen nicht nur ein theorethisches Studium der Gelehrten bilden, sondern müssen als Grundsteine in der Gesetzgebung des Volkes verankert werden. Suprema lex vox populi!

---

108) Art. 333.

Aus der Praxis.

A. Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts.

Mitgeteilt vom Wirklichen Geheimen Rat, Oberreichsanwalt **Dr. Zweigert**, Leipzig.

StGB. §§ 370 Nr. 5, 248 a. 1. Lebensmittelkarten sind nicht Gegenstände des hauswirtschaftlichen Gebrauchs i. S. des § 370 Nr. 5 StGB. 2. In der durch die Kriegsverhältnisse geschaffenen, die gesamte Bevölkerung gleichmäßig treffenden Notwendigkeit, sich in dem Verbrauch von Nahrungs- und Genußmitteln Beschränkungen aufzuerlegen oder dieselben ganz zu entbehren, kann eine »Not« i. S. des § 248 a StGB. noch nicht gefunden werden. Für die Frage der Geringwertigkeit aus diesem Paragraphen kommt nicht ausschließlich der Standpunkt des Bestohlenen in Betracht, sondern es kommt auch darauf an, welchen wirtschaftlichen Wert die gestohlene Sache für den Dieb hat.

I. StrS. U. v. 4. Juli 1918. g. L. u. Gen. 1 D 295/18.

Aus den Gründen: Gegenstand der diebischen Wegnahme waren die in amtlicher Verwahrung des Lebensmittelamts befindlichen Lebensmittelkarten, die zur demnächstigen Ausgabe innerhalb der Verbrauchsregelung bestimmt waren. Diese Karten können, wie mehrfach in der Rechtsprechung dargelegt, als fremde bewegliche Sachen gelten, dagegen ist es nicht angängig, sie den Lebensmitteln gleichzustellen, die bei ordnungsgemäßer Ausgabe der Karten an Berechtigte von diesen darauf entnommen werden können und die der Dieb unter Mißbrauch der für ihn nicht bestimmten Ausweisurkunde widerrechtlich zu erlangen beabsichtigte. Ebensowenig können die Karten als Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs gelten, denn dazu gehören nur solche Gegenstände, die im eigentlichen Sinne des Wortes »verbraucht« werden, die also bei bestimmungsgemäßer Verwendung eine stoffliche Umgestaltung oder Zerstörung erfahren. Das trifft auf Lebensmittelkarten nicht zu, die nicht verbraucht, sondern nur als Ausweise bei dem Bezug von Lebensmitteln gebraucht werden. Danach scheidet die Anwendbarkeit des § 370 Nr. 5 StGB. auf die Entwendung von Lebensmittelkarten aus.

Dagegen wäre die Anwendbarkeit des § 248 a StGB. auf den Diebstahl solcher Karten grundsätzlich nicht ausgeschlossen; es ist denkbar, daß der Täter »aus Not« Lebensmittelkarten entwendet, sei es, um sie widerrechtlich zu verwenden, sei es, um sie ebenso widerrechtlich und

den gesetzlichen Anordnungen zuwider anderen gegen Entgelt zu überlassen. Für einen solchen Notdiebstahl gibt aber das Urteil nicht nur keine Unterlage, sondern nach den Urteilsgründen sowohl wie nach der eigenen Darstellung der Revisionsschrift kommt eine »Notlage« der Angeklagten überhaupt nicht in Betracht, und die Ausführung des Diebstahls galt deshalb auch nicht der Beseitigung einer solchen. Denn die durch die Kriegsverhältnisse geschaffene Notwendigkeit, sich in dem Verbrauch von Nahrungs- und Genußmitteln Beschränkungen aufzuerlegen oder dieselben vorübergehend ganz zu entbehren, um mit der dem einzelnen zugeteilten Menge auszukommen, stellt regelmäßig für sich allein noch keine »Not« dar, da die gesamte Bevölkerung sich in dieser Lage befindet und Entbehrungen in gewisser Richtung von allen gleichmäßig ertragen werden müssen. Eine wirtschaftliche Not anderer Art, insbesondere eine über das geschilderte Maß hinausgehende Entbehrung, lag aber bei den Angeklagten nicht vor; ihnen kam es vielmehr nach dem, was aus dem Urteil hervorgeht, nur darauf an, für sich die eigene Lebenshaltung allgemein für einige Zeit besser zu gestalten, als sie es nach der bestehenden Verbrauchsregelung vermocht hätten, der sich jeder zu unterwerfen hat und die jedem so viel gewährt, daß er vor eigentlicher Not geschützt ist.

Bei der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts hat allerdings die Strafkammer die vorstehend erörterte Frage, ob die Angeklagten unter den geschilderten Verhältnissen »aus Not« gehandelt haben, nicht aus dem angeführten Grunde verneint, sondern offengelassen und die Anwendung des § 248a StGB. aus einem anderen Grunde abgelehnt, nämlich, weil bei der Menge der entwendeten Marken der Gegenstand des Diebstahls nicht als »geringwertig« gelten könne. Auch das ist nicht rechtsirrig. Für die bestohlene Gemeinde mag allerdings nur ein geringer Schaden entstanden sein; ihr wurden nur die zur demnächstigen Ausgabe bestimmten Vordrucke entwendet, die erst nachträglich in der Hand des berechtigten Empfängers dadurch einen besonderen Wert erlangen konnten, daß sie ihm die Berechtigung zum Bezug bestimmter Anteile an den vorhandenen Lebensmittelvorräten bezeugten und als Ausweis dafür zu dienen hatten; solange die Karten im Gewahrsam des Lebensmittelamtes waren, hatten sie nur den Papierwert, mochte ihnen immerhin auch für die Gemeinde eine besondere Bedeutung insoweit zukommen, als bei unbefugter, mißbräuchlicher Verwendung der Vordrucke Störungen in der Durchführung der Verbrauchsregelung eintreten mußten. Die Frage nach der Geringwertigkeit ist aber nicht ausschließlich vom Standpunkt des Bestohlenen zu beurteilen, sondern es kommt auch darauf an, welchen wirtschaftlichen Wert die gestohlene Sache für den Dieb hat, und insoweit kommt den Karten allerdings ein über den Stoffwert hinausgehender rein tatsächlicher Verkehrs-

wert um deswillen zu, weil die Karten dem Dieb die im Verkehr verhältnismäßig hoch eingeschätzte und tatsächlich übertragbare Möglichkeit zur — wenn auch entgeltlichen — Erlangung eines Mehranteils an der zur Verteilung kommenden Nahrung gewährten. Wie hoch dieser Wert im Einzelfall und im Hinblick auf die Anzahl der Karten einzuschätzen ist, darüber hat ausschließlich der Tatrichter zu befinden, und es ist nicht zu erkennen, daß dieser hier aus Rechtsirrtum die Geringwertigkeit verneint habe.

Die allgemeine Nachprüfung des Urteils hat auch sonst keinen Rechtsirrtum erkennen lassen, der zur Aufhebung des Urteils nötigte.

Die Rechtsmittel sind hiernach zu verwerfen.

VO. des BR. v. 18. Januar 1917 über die Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften über wirtschaftliche Maßnahmen (RGBl. 58) § 1. Zur Frage des Inhalts und der Entschuldbarkeit des Irrtums i. S. der VO.

I. StrS. U. v. 8. Juli 1918. g. Z. 1 D 146/18.

Aus den Gründen: Der Angeklagte hatte sich inhaltlich der Urteilsbegründung darauf berufen, er habe Malz nicht für einen Gegenstand des täglichen Bedarfs gehalten, deshalb die Preissteigerungsverordnung auf den Verkauf von Malz nicht für anwendbar und demgemäß auch die Erzielung übersetzter Preise und übermäßiger Gewinne für erlaubt erachtet. Diese Behauptung des Angeklagten ist nicht anders zu verstehen als dahin, daß er das Gesetz gekannt, sich mit seinen Bestimmungen befaßt, die Frage ihrer Anwendbarkeit gewissenhaft geprüft und für die von ihm abgeschlossenen Verkäufe aus dem angeführten Grunde verneint habe. Ob die Strafkammer dieses Vorbringen des Angeklagten geglaubt und in vollem Umfang für erwiesen erachtet hat, bleibt nach den Urteilsgründen zweifelhaft. Eine ausdrückliche Entscheidung ist nur insoweit ergangen, als angenommen ist, daß der Angeklagte »die Annahme von 104 Mk. für den Doppelzentner Malz für erlaubt gehalten habe«, dagegen fehlt eine ausdrückliche Feststellung, daß er dies aus dem von ihm angeführten Grunde, also zufolge eines Irrtums über die Anwendbarkeit des Strafgesetzes, getan habe. Nur dann, wenn der Angeklagte die hervorgehobene Rechtsfrage sich vorgelegt, sie geprüft und sich für die gegenteilige Ansicht entschieden hat, kann davon gesprochen werden, daß er, wie die Strafkammer annimmt, im Irrtum über die Anwendbarkeit der übertretenen Vorschrift die Tat für erlaubt gehalten habe, nicht aber auch dann, wenn der Angeklagte sich über diese Frage überhaupt keine Gedanken gemacht und unbekümmert um dieselbe die ihm an-



geblich bekannte Verordnung übertreten hat, etwa in der Annahme, daß der Preis nicht übermäßig sei, wie dies die Begründung des angefochtenen Urteils zuläßt und wodurch die Strafbarkeit überhaupt nicht ausgeschlossen würde. Es hätte deshalb einer entsprechenden Feststellung über Bestehen und Art des Irrtums bedurft. Erst dann, wenn der Irrtum festgestellt war, hatte sich die Strafkammer mit dessen Entschuldbarkeit zu befassen, und sie konnte sich dabei nicht etwa, wie geschehen, darauf beschränken, zu erörtern, ob ein Irrtum der geltend gemachten Art allgemein entschuldbar ist, vielmehr hatte sich ihre Prüfung und Entscheidung darauf zu erstrecken, ob ein etwaiger Irrtum dem Angeklagten persönlich nach den Umständen, insbesondere nach der von ihm zu fordernden Sorgfalt und Aufmerksamkeit und nach seinen persönlichen Fähigkeiten zum Verschulden gereiche, ob er ihn bei pflichtgemäßem Verhalten hätte vermeiden können, ob er namentlich alles das getan habe, was er zur Vermeidung desselben tun konnte und mußte. Es war also zu prüfen und nachzuweisen, wie der Angeklagte zu seiner unrichtigen Rechtsansicht gelangt ist, ob diese das Ergebnis eigener Überlegung und Prüfung war, und ob er bejahendenfalls der so gewonnenen Meinung vertrauen durfte, oder ob er gehalten war, sich anderwärts Rat zu erholen, oder ob er dieser Pflicht enthoben war, weil ihm schon vorher zuverlässige Kenntnis davon geworden war, daß die Frage nach der Zugehörigkeit des Malzes zu den Gegenständen des täglichen Bedarfs von amtlichen Stellen bereits in verneinendem Sinne beurteilt und entschieden war. Darüber hat sich die Strafkammer indes nicht geäußert. Nur weil die erwähnte Frage damals noch »ungeklärt und umstritten« gewesen sei, und weil der Angeklagte auf Anfrage an zuständiger Stelle »voraussichtlich« keinen »vorbehaltlosen, zutreffenden Bescheid« erhalten haben würde, erachtet die Strafkammer den Angeklagten, gleichviel, ob er diese Verhältnisse kannte oder nicht, für nicht verpflichtet, sich zu erkundigen, und nimmt damit offenbar an, daß, wenn die Erkundigungspflicht entfalle, der Angeklagte einen etwaigen Irrtum überhaupt nicht verschuldet habe.

Das ist in mehrfacher Beziehung rechtsirrig. Kannte der Angeklagte, wie er behauptet haben soll, in der Tat die gesetzliche Vorschrift, und hat sich bei ihrer angeblichen Auslegung auf seine eigene Meinung verlassen und dabei geirrt, so ist dieser Irrtum verschuldet, wenn der Angeklagte nach seinen Fähigkeiten überhaupt nicht imstande war, die »umstrittene und unklare« Frage zu lösen, und wenn er sich seiner mangelnden Fähigkeiten bewußt war. Hat er leichtfertig seine Fähigkeit in der Gesetzesauslegung überschätzt, so hat er fahrlässigerweise die auf seine Unfähigkeit zurückzuführende falsche Ansicht erlangt. Hat aber der Angeklagte umgekehrt die Zweifelhaftigkeit der Frage

erkannt und sich selbst ein zuverlässiges Urteil nicht zugetraut, so war es seine Pflicht, sich bei anderen Rat zu holen, wenn er innerhalb seines Gewerbebetriebes Verkäufe abschließen wollte, die möglicherweise unter das gesetzliche Verbot fielen. Unterließ er die Erkundigung aus dem Grunde, weil ihm in zuverlässiger Weise bekannt geworden war, daß und in welchem Sinne amtliche Stellen sich zu der Frage in maßgeblicher Weise ausgelassen hatten, dann kann die Unterlassung der Erkundigung entschuldigt sein; allein im Urteil ist weder festgestellt, daß der Angeklagte von den amtlichen Äußerungen, die insoweit vermutlich allein in Frage kommen können, und die zeitlich erst später erfolgt sein dürften, Kenntnis hatte, noch daß er ihnen vertraut und mit Rücksicht darauf Umgang von weiteren Erkundigungen genommen habe.

Unrichtig ist es dagegen, wenn die Strafkammer den Angeklagten aus dem Grunde der Erkundigungspflicht für enthoben erachtet — oder richtiger ausgedrückt, der Unterlassung der Erkundigung jede Bedeutung für die Vermeidbarkeit des Irrtums deshalb abspricht —, weil es dem Angeklagten nicht möglich gewesen sein würde, einen »vorbehaltlosen und zutreffenden Bescheid zu erhalten«. Denn die einzuholende Belehrung über die Rechtslage konnte auch dann, wenn sie nicht vorbehaltlos für eine bestimmte Ansicht, und selbst dann, wenn sie für die unrichtige Ansicht eintrat, doch Anlaß geben, daß der Angeklagte an der Erlaubtheit der Tat zweifelte.

Hiernach ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Entscheidung entspricht dem Antrag des Oberreichsanwalts.

StGB. § 218 Abs. 1 und 3. Zur Erfüllung des Tatbestands der vorsätzlichen Abtreibung genügt nicht schon die bloße Tatsache einer durch Anwendung eines äußeren Mittels herbeigeführten vorzeitigen Trennung der Frucht vom Mutterleibe, sondern es ist weiter erforderlich, daß infolge des vorzeitig bewirkten Abgangs der Frucht auch deren Tod eingetreten ist.

III. StrS. U. v. 21. September 1918. g. Sch. 3 D 252/18.

Aus den Gründen: Der Revision ist zuzugeben, daß zur Erfüllung des Tatbestandes der vorsätzlichen Abtreibung der Leibesfrucht im Sinne des § 218 Abs. 1 und 3 StGB. nicht schon — wie es nach dem Wortlaute des Gesetzes scheinen könnte — die bloße Tatsache einer durch Anwendung eines äußeren Mittels herbeigeführten vorzeitigen Trennung der Frucht vom Mutterleibe, also schon die bloße Tatsache einer künstlichen Verfrühung des Geburtsaktes genügt, sondern daß der Tatbestand der vollendeten Abtreibung im Sinne des § 218



weiter erfordert, daß infolge des vorzeitig bewirkten Abganges der Frucht auch deren Tod eingetreten ist; die vorzeitige Herbeiführung des Abganges der Frucht muß auch die Ursache für deren Tod geworden sein, so daß nur ein Versuch vorliegt, wenn das Kind trotz der Abtreibung am Leben geblieben oder wenn es zwar verstorben, aber infolge einer von der Abtreibung unabhängigen selbständigen Todesursache verstorben ist (vgl. Entsch. **4** 380, **41** 329). Im vorliegenden Falle ist, wie die Strafkammer feststellt, infolge der von der Beschwerdeführerin an der Ehefrau M. vorgenommenen Abtreibungshandlungen ein lebendes Kind geboren, das indessen schon nach zwei Stunden wieder verstorben ist. Dabei wird zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, daß dieser Tod eine Folge des vorzeitig bewirkten Abganges der Frucht gewesen sei. Wenn aber das angefochtene Urteil — wie es tatsächlich der Fall ist — irgendwelchen anderen Vorgang, der den Tod des Kindes zur Folge gehabt haben könnte, auch nicht im geringsten erwähnt oder nur andeutet, so läßt das mit genügender Sicherheit erkennen, daß nach der Annahme der Strafkammer gerade der vorzeitige Abgang der Frucht es war, der zur Todesursache wurde. Von dieser tatsächlichen Annahme aus begegnet die Verurteilung der Beschwerdeführerin wegen vollendeter, nicht bloß versuchter, Abtreibung keinem rechtlichen Bedenken.

Die Revision war hiernach zu verwerfen.

StPO. §§ 273, 284. Ist im schwurgerichtlichen Verfahren in der Hauptverhandlung eine Vereinbarung mehrerer Angeklagten über gemeinschaftliche Ausübung ihres Ablehnungsrechts zustande gekommen, so ist der Inhalt dieser Vereinbarung doch weder für den Gang noch für die Ergebnisse der Verhandlung i. S. des § 273 StPO. erheblich, so daß es einer Aufnahme dieses Inhalts der Vereinbarung in das Protokoll nicht bedarf.

V. StrS. U. v. 25. September 1918. g. Eheleute G. 5 D 589/18.

Aus den Gründen: Eine Verletzung der §§ 282, 284 StPO. liegt nicht vor. In dem Protokoll über die Bildung der Geschworenenbank ist festgestellt, daß eine Vereinigung der beiden Angeklagten über die Ausübung des Ablehnungsrechts zustande gekommen war, daß nach dem Zustandekommen der Vorsitzende die Namen der Geschworenen aus der Urne gezogen hat, und daß sich hieraus nach Maßgabe der abgegebenen, im einzelnen aufgeführten Erklärungen über die Ablehnung die Liste der Geschworenen gebildet hat, die bei der Aburteilung der Angeklagten mitgewirkt haben. Diese Feststellungen reichen aus, um aus dem Protokoll erkennen zu lassen, daß die Bildung

der Geschworenenbank gesetzmäßig erfolgt ist. Die im § 284 StPO. festgelegte gemeinschaftliche Ausübung des Ablehnungsrechts setzt eine Vereinbarung der Angeklagten hierüber voraus; das Vorhandensein einer solchen kann nur durch ausdrückliche Erklärungen aller Angeklagten festgestellt und sie müssen daher befragt werden, ob sie das Ablehnungsrecht gemeinschaftlich oder einzeln, persönlich oder durch den Verteidiger, ausüben wollen. Haben sie sich auf solche Fragen dahin erklärt, daß sie gemeinschaftlich das Recht in der einen oder anderen Weise ausüben würden, so hat der Vorsitzende zur Auslosung der Geschworenen zu schreiten, um dadurch die Bildung einer den Erklärungen entsprechenden Liste zu ermöglichen. Welchen Inhalt die Erklärungen gehabt haben, braucht neben der Feststellung der Tatsache, daß sie zur Vereinbarung geführt haben, nicht im Protokoll festgestellt zu werden, da, wenn die Vereinbarung zustande gekommen ist, das Gericht einen Einfluß auf die Bildung der Bank nicht hat. Der Inhalt der Vereinbarung ist daher weder für den Gang noch für die Ergebnisse der Hauptverhandlung erheblich im Sinne des § 273. Hierfür wesentlich ist wiederum nur die vorliegende weitere Feststellung, daß die Liste nach Maßgabe der abgegebenen Erklärungen, deren Inhalt das Protokoll wiedergibt, gebildet ist.

StGB. § 359. Eine Aushilfsbriefträgerin, welche im Bestelldienst beschäftigt ist und Briefe auszutragen hat, ist Beamtin i. S. des § 359 a. O. *ohne Rücksicht darauf, ob jeweils die Bestellung von Briefen mit Zustellungsurkunden, von Nachnahmesendungen, Postanweisungen mit Auszahlung von Geldbeträgen, von Einschreibbriefen in Betracht kommt oder nur die Bestellung gewöhnlicher Briefe in Frage steht. Der Senat schließt sich den Urteilen V Entsch.* ***51*** *65 und IV Entsch.* ***51*** *398 an und nimmt insoweit seine eigene Meinung Entsch.* ***49*** *112 zurück.*

II. StrS. U. v. 8. Oktober 1918. g. S. 2 D 316/18.

Aus den Gründen: In sachlicher Hinsicht bietet die Verurteilung des Angeklagten aus § 357 StGB. keinen Anlaß zu rechtlichen Bedenken. Sie beruht auf der gegen ihn getroffenen Feststellung, daß er als Amtsvorgesetzter im Jahre 1916 eine Untergebene, die Briefbestellerin Frau M., vorsätzlich zu einer strafbaren Handlung im Amte, nämlich dazu verleitet hat, sich Gelder, die sie in amtlicher Eigenschaft empfangen hatte, rechtswidrig zuzueignen.

Ohne Grund wird von der Revision die Annahme bemängelt, daß Frau M. im strafrechtlichen Sinne Beamte gewesen sei. Das Urteil bezeichnet sie an einer Stelle allerdings als Aushilfsbriefträgerin, und es ist richtig, daß solche Personen, die nur als Aushelfer zur

Deckung eines vorübergehenden Bedürfnisses im Postdienste angenommen worden sind, zur Post- und Telegraphenverwaltung nicht im Beamtenverhältnis stehen (§ 112 der allg. Dienstanweisung für Post und Telegraphie v. 1. Oktober 1909). Allein für den Begriff der Anstellung in § 359 StGB. ist das nicht ausschließlich maßgebend. Die Beamteneigenschaft kann, wie das Reichsgericht mehrfach ausgesprochen hat, von der zuständigen Amtsstelle auch stillschweigend verliehen werden, durch die Übertragung von Diensten und Verrichtungen öffentlich-rechtlicher Natur, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und der Herbeiführung staatlicher Zwecke dienen. Diese Voraussetzung liegt bei dem Postaushelfer dann vor, wenn er, wie dies bei der Frau M. der Fall war, im Bestelldienste beschäftigt ist und Briefe auszutragen hat. Denn nach deutschem Verfassungs- und Verwaltungsrecht ist die Post eine Einrichtung des Staates (Reichs) und ihr Betrieb eine Betätigung der Staatsgewalt. Dienstverrichtungen, die zum Wesen dieses Betriebs gehören, sind daher ebenfalls Ausübungen der Staatsgewalt. Dazu zählt aber vor allem der Bestelldienst, also ohne Rücksicht darauf, ob jeweils die Bestellung von Briefen mit Zustellungsurkunden, von Nachnahmesendungen, Postanweisungen mit Auszahlung von Geldbeträgen, von Einschreibbriefen in Betracht kommt oder die Bestellung gewöhnlicher Briefe.

In diesem Sinne hat jüngsthin der V. Strafsenat des RG. in einem Urt. v. 27. November 1917 entschieden, Entsch. **51** 65. Sachlich übereinstimmend hiermit der IV. Strafsenat in einem Urt. v. 9. April 1918 (Entsch. **51** 398). Der jetzt erkennende Senat schließt sich dem an. Soweit in seinem früheren Urt. v. 16. März 1915 (Entsch. **49** 112) eine abweichende Meinung zu finden sein sollte, hält er daran nicht mehr fest.

StGB. § 354. Zur Frage, wann die Unterdrückung von Briefen und Paketen vollendet ist.

IV. StrS. U. v. 15. Oktober 1918. g. H. 4 D 591/18.

Aus den Gründen: Nach den getroffenen Feststellungen war die Angeklagte bei dem Postamt in L. mit den vollen Verrichtungen eines Briefträgers, insbesondere auch mit der Vornahme von Zustellungen und der Bestellung von Einschreibsendungen betraut. Die Annahme der Strafkammer, daß sie Beamteneigenschaft im Sinne des § 359 StGB. besessen habe, ist daher nicht zu beanstanden.

Auch im übrigen ist der Tatbestand des § 354 a. O. rechtlich einwandfrei dargetan, insbesondere ist der Begriff des Unterdrückens

nicht verkannt. Unterdrücken eines der Post anvertrauten Briefes oder Paketes seitens eines Postbeamten liegt vor, sobald er Brief oder Paket dem Postverkehr widerrechtlich entzieht. Das hat die Angeklagte getan, indem sie während des Sortierdienstes die Pakete, die, wie sie wußte, nicht zu ihrem Bestellbezirke gehörten, an sich nahm und in ihre Tasche legte, und zwar in der Absicht, sich deren Inhalt anzueignen. Daß ihr am 30. Januar die Pakete, die sie an diesem Tage an sich gebracht hatte, wieder abgenommen worden sind, ehe sie das Postamt verlassen hatte, steht der Annahme, daß sie auch diese Pakete unterdrückt hat, nicht entgegen. Denn diese waren dem Postverkehr bereits mit dem Augenblick entzogen, in welchem die Angeklagte sie, obwohl sie mit ihrer Bestellung nicht befaßt war, in Aneignungsabsicht in ihre Tasche gelegt hatte, mag sie sich auch damals noch in den Räumen des Postamts aufgehalten haben.

StGB. § 222. Die Schwangere hat schon in Erwartung der Mutterschaft die rechtliche Pflicht, alles, was in ihren Kräften liegt, zu tun, um das Leben des zu erwartenden und dann von ihr geborenen Kindes vor Gefahren zu schützen.

IV. StrS. U. v. 5. November 1918. g. H. 4 D 728/18.

Aus den Gründen: Nach den getroffenen Feststellungen hat die Angeklagte, welche wußte, daß sie schwanger sei, gleichwohl keinerlei Anstalten für die Geburt getroffen, sie hat auch, als die Wehen begannen, nichts getan, um menschliche Hilfe herbeizuschaffen, und ebensowenig hat sie sich um solche nach der Geburt bemüht, wiewohl sie hierzu in der Lage gewesen wäre. Wenn das Gericht in diesem Verhalten der Angeklagten eine Fahrlässigkeit erblickt hat, so tritt darin ein Rechtsirrtum nicht zutage. Schon in Erwartung der Mutterschaft lag ihr die rechtliche Pflicht ob, alles, was in ihren Kräften lag, zu tun, um das Leben des zu erwartenden und dann von ihr geborenen Kindes vor Gefahren zu schützen, und sie handelte fahrlässig, wenn sie dadurch, daß sie keine Vorbereitungen für ihre Entbindung traf und weder bei Beginn des Geburtsaktes, noch nachher die ihr zugängliche menschliche Hilfe herbeirief, das Kind in eine sein Leben gefährdende Lage brachte. Daß die Angeklagte sich bewußt gewesen ist oder doch wenigstens bei Anwendung der gebotenen und ihr möglichen Aufmerksamkeit sich bewußt werden mußte, daß ihre Unterlassung das neugeborene Kind in eine hilflose Lage brachte, die dessen Leben gefährdete, ist der Urteilsbegründung mit ausreichender Deutlichkeit zu entnehmen. Da auch der ursächliche Zusammenhang zwischen der Fahrlässigkeit der Angeklagten und dem eingetretenen Todeserfolge

einwandfrei dargetan ist, begegnet die Verurteilung der Angeklagten aus § 222 StGB. keinen rechtlichen Bedenken.

Die Revision war daher zu verwerfen.

StGB. § 257. Bei sachlicher Begünstigung muß die Absicht dahin gehen, den Täter davor zu schützen, daß ihm die unrechtmäßigen Vorteile wegen ihrer Unrechtmäßigkeit durch den Berechtigten oder die Obrigkeit wieder entzogen werden, nicht aber, ihn gegen den Verlust durch Dritte, denen kein Recht zusteht, zu sichern.

III. StrS. U. v. 7. November 1918. g. S. 3 D 288/18.

Aus den Gründen: Das Landgericht stellt fest, daß die Angeklagte, welche gestohlene Wurstbüchsen von dem Täter erhalten und für ihn aufbewahrt hat, »den unredlichen Erwerb der Büchsen gekannt hat«. Wenn auch vorher von Wissenmüssen und Erkundigungspflicht die Rede ist, so sind das doch nur tatsächliche Erwägungen, die den Schluß auf die vorhandene Kenntnis stützen sollen, es liegt keine Verkennung des Begriffs der wissentlichen Beistandleistung im Sinne des § 257 StGB. vor. Die Kenntnis des unredlichen Erwerbs soll offenbar Kenntnis des Erwerbs durch Diebstahl bedeuten. Eines näheren Wissens über die Gestaltung der Straftat bedarf es nicht und deshalb auch keiner genaueren Feststellung in dieser Beziehung. Nach der Annahme des ersten Richters hat die Angeklagte die Büchsen aufbewahrt, um dem Täter Paul S. die Vorteile des Verbrechens zu sichern. Als Grund der Verwahrung war angegeben, es solle Paul S. dagegen geschützt werden, daß die Verwandten seiner Frau sich über die Büchsen hermachten. Wenn die Angeklagte trotz Kenntnis der Eigenschaft als Diebesgut die Büchsen aus diesem angegebenen Grunde in ihrem Keller verwahrt hätte, so läge keine Begünstigung vor. Denn die bei der sachlichen Begünstigung geforderte Absicht muß dahin gehen, den Täter davor zu schützen, daß ihm die unrechtmäßigen Vorteile wegen ihrer Unrechtmäßigkeit durch den Benachteiligten oder die Obrigkeit wieder entzogen werden, nicht aber ihn gegen den Verlust durch Dritte, denen kein Recht zusteht, zu sichern. Aus dem Zusammenhang der Gründe muß aber als die Auffassung des Landgerichts angesehen werden, daß ebenso wie der angebliche Erwerb durch Kauf nicht zutraf, vielmehr Diebstahl vorlag und der Angeklagten bekannt war, so auch der angegebene Zweck der Aufbewahrung, Schutz vor dem Zugriff der Verwandten, nicht der wirkliche war und nicht von der Angeklagten verfolgt wurde, vielmehr die in der Schlußfeststellung ausgesprochene Absicht zugrunde lag, dem Paul S. die Vorteile des Diebstahls gegen die Wiedererlangung der Berechtigten zu sichern. Dann ist aber die geschehene Verurteilung unbedenklich.

B. Entscheidungen deutscher Oberlandesgerichte.

Kammergericht.

Mitgeteilt von Geh. Justizrat **Stubenrauch**, Berlin.

StGB. §§ 267, 270. Wie ist die Abstempelung von Lohnkarten der auf einem Werk beschäftigten Arbeiter, die mittels einer dort befindlichen Kontrolluhr zum Zwecke der Feststellung der Arbeitszeit der Karteninhaber bewirkt wird, rechtlich zu beurteilen? Macht ein Arbeiter sich dadurch, daß er seine Kontrollkarte durch einen Arbeitsgenossen zu einer der Beendigung seiner Tätigkeit auf dem Werke nicht entsprechenden Zeit stempeln läßt und sie dann zur Anfertigung unrichtiger Lohnzettel benutzt, einer Urkundenfälschung schuldig?

StrS. U. v. 6. Dezember 1918. g. G. S. 1001/18.

Nach den tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts ist auf den A.-Werken die Einrichtung getroffen, daß die Arbeiter bei Beginn und Beendigung ihrer Arbeit die Karte, mit der die Dauer der Arbeitszeit kontrolliert wird, in den Mechanismus einer dort befindlichen Kontrolluhr stecken, durch den auf der Karte nach Tag und Stunde die Zeit, zu der der Arbeiter die Karte stechen läßt, mittels eines Stempelaufdrucks vermerkt wird. Der auf den Werken beschäftigte Angeklagte hat am 1. Mai und 9. Juni 1917 seine Kontrollkarte durch einen Arbeitsgenossen zu einer anderen Zeit, als zu der er die Arbeit verlassen hatte, stechen lassen und dann die mit falscher Zeitangabe versehene Kontrollkarte zur Anfertigung der Lohnzettel benutzt.

Die Strafkammer nimmt an, daß durch die in der angegebenen Weise bewirkte Stempelung eine Verfälschung der Kontrollkarte vorgenommen sei, und hat den Angeklagten der schweren Urkundenfälschung und zugleich des Betruges für schuldig erachtet.

Die dagegen vom Angeklagten eingelegte Revision ist durch Urteil des Strafsenats zurückgewiesen worden aus folgenden Gründen:

Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Angeklagte habe sich dadurch, daß er seine Kontrollkarte durch einen Arbeitsgenossen zu falschen Zeiten stechen ließ und sie zur Anfertigung unrichtiger Lohnzettel sowie zur demnächstigen Erlangung eines ihm nicht zustehenden Arbeitslohnes benutzte, der schweren Urkundenfälschung schuldig gemacht, muß gebilligt werden.

Wenn die Revision gegenüber der Annahme des Berufungsgerichts ausführt, daß der Angeklagte die fälschliche Anfertigung der Urkunden nicht selbst begangen habe, sondern durch einen Arbeitsgenossen habe begehen lassen, so übersieht sie, daß die Strafkammer diesem Umstande durchaus Rechnung getragen und nicht eine Urkundenfälschung des Angeklagten gemäß § 267 StGB., sondern eine solche im Sinne

des § 270 das. festgestellt hat. Gegen diese Feststellung bestehen keine rechtlichen Bedenken, da der Angeklagte erwiesenermaßen von der falschen Kontrollkarte wissend, daß sie falsch war, zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch gemacht hat. Unbegründet ist auch die weitere Rüge der Revision, daß die Strafkammer zu Unrecht zwei selbständige Straftaten des Angeklagten angenommen habe. Bei der nicht unerheblichen Zeitspanne, die zwischen den beiden Vorgängen vom 1. Mai und 9. Juni 1917 lag, konnte die Strafkammer ohne weiteres davon ausgehen, daß die zweite Tat auf einem neugefaßten Entschluß oder Vorsatz des Angeklagten beruhte.

Zu beanstanden ist nur die Ansicht des Landgerichts, daß eine Verfälschung der Kontrollkarte vorgenommen sei. Es handelt sich hier nicht um eine bereits vorhandene Urkunde, die in ihrer Form oder in ihrem Inhalt von dem Arbeitsgenossen des Angeklagten abgeändert, also verfälscht ist, sondern um die fälschliche Anfertigung neuer Urkunden. Der vorliegende Fall liegt dem Falle gleich, der von dem Reichsgericht in dem Urteile vom 4. Januar 1918 (RGSt. **52** 66) entschieden ist. Auch hier ist davon auszugehen, daß der Angeklagte die Abstempelung der Lohnkarte persönlich zu besorgen hatte oder mindestens dabei zugegen sein mußte, als sein Arbeitsgenosse die Abstempelung vornahm. Infolge des Umstandes, daß keine dieser beiden Voraussetzungen erfüllt war, sind falsche Urkunden angefertigt worden. Die unrichtige Annahme der Strafkammer beschwert aber den Angeklagten nicht. Sonst sind rechtliche Bedenken gegen die Verurteilung des Angeklagten nicht ersichtlich.

Hat in dem Falle, daß die Entscheidung darüber, ob die Revision gegen ein landgerichtliches Urteil rechtzeitig eingelegt ist, dem Reichsgericht zusteht, unter Umständen auch ein anderes Gericht sich mit der Prüfung dieser Frage zu befassen?

StrS. B. v. 7. Januar 1919. g. S. W. 669/18.

Gegen den Angeklagten war durch Urteil des Landgerichts vom 19. September 1918 wegen gewerbsmäßiger Hehlerei auf Zuchthausstrafe erkannt worden. Es war angenommen worden, daß der Angeklagte gegen dieses Urteil Revision nicht eingelegt habe, da eine Schrift über Einlegung dieses Rechtsmittels sich nicht bei den Akten befand. Nachdem der Verteidiger des Angeklagten eine Bescheinigung der Briefannahmestelle vom 20. September 1918 über den Empfang einer solchen Schrift vorgelegt hatte, wurde bei der weiteren Behandlung der Sache von der Staatsanwaltschaft in Übereinstimmung mit dem Verteidiger davon ausgegangen, daß die Revision an dem angegebenen Tage und damit rechtzeitig eingelegt sei und daher beider-

seits die Voraussetzung für ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision als nicht gegeben angesehen.

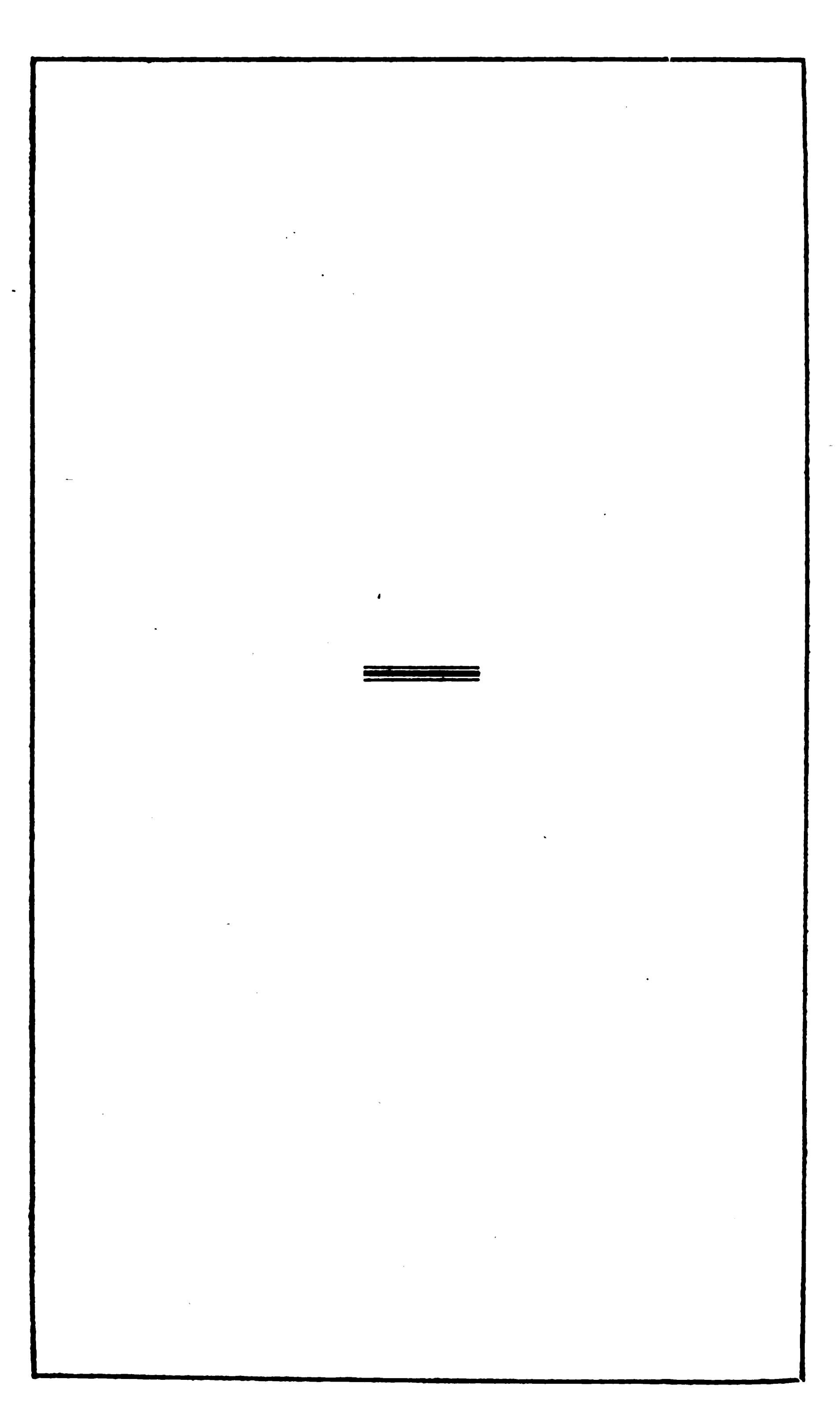
Die jetzt vorliegende Beschwerde des Angeklagten richtet sich gegen einen Beschluß des Landgerichts, wonach die am 19. September 1918 gegen den Angeklagten angeordnete Untersuchungshaft unter Ablehnung seines Antrages, ihn gegen Sicherheitsleistung mit der Untersuchungshaft zu verschonen, aufrechterhalten worden ist.

Die darauf vom Strafsenat des Kammergerichts erlassene Entscheidung ist mit folgenden Gründen versehen:

Die Frage, ob die Revision gegen das landgerichtliche Urteil vom 19. September 1918 rechtzeitig eingelegt ist, unterliegt allerdings der Entscheidung des als Revisionsgericht zuständigen Reichsgerichts. Trotzdem hat sich im vorliegenden Falle auch das Kammergericht als Beschwerdegericht mit der Prüfung dieser Frage zu befassen, weil die Zulässigkeit der Beschwerde von dieser Vorentscheidung abhängt. Nach Erlaß des kammergerichtlichen Beschlusses vom 11. Oktober 1918 (W. **519** 18) hat der Verteidiger des Angeklagten durch Vorlegung der Empfangsbescheinigung vom 20. September 1918 nach der Auffassung des Senats den zwingenden Beweis dafür erbracht, daß die Revision an diesem Tage und damit rechtzeitig eingelegt ist. Das Urteil des Landgerichts vom 19. September 1918 wird daher als noch nicht rechtskräftig erachtet. Was die Fortdauer der am gleichen Tage beschlossenen Untersuchungshaft anlangt, so ist der Verdacht der Flucht allerdings durch die Höhe der erkannten Zuchthausstrafe ohne weiteres begründet; die Sachlage läßt es aber zu, daß der Fluchtverdacht durch eine entsprechend hoch bemessene Sicherheitsleistung beseitigt wird. Demgemäß ist unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung der Beschwerde in diesem beschränkten Umfange stattgegeben.

Berichtigung zu Band 66 S. 566.

Das Urteil zu StGB. § 132 ist nicht vom Reichsgericht, sondern vom Kammergericht ergangen und von Herrn Geh. Justizrat Stubenrauch mitgeteilt. Demgemäß ist auf der zweiten Umschlagseite des Heftes 4/6 vom 66. Bande dieses Urteil unter die Oberlandesgerichtsurteile einzureihen und im Gesamtinhaltsverzeichnisse des Bandes auf Seite IV mit dem Zusatze (KG) zu versehen.



Dem Andenken Josef Kohlers
† 3. August 1919.

Am 9. März dieses Jahres brachten wir an dieser Stelle dem Leiter unseres Archivs die herzlichen Wünsche seiner Mitarbeiter und des Verlages zum 70. Geburtstag dar. Rüstig und, wie er selbst sagte, als ein Junger, ein ungebeugter Ritter des Geistes, wissenschaftlichen Tatendranges voll, stand er damals in unserer Mitte, und niemand dachte im Glanz des Tages an die schwarzen Schatten, in deren Reich er, ein Sohn des Lichts, so bald eingehen sollte. Ein überreiches Leben, eine Welt umfassenden geistigen Gehalts ist erloschen, wenn wir diese Welt ihrer in Staub zerfallenen Verkörperung gleichsetzen dürfen — einer Verkörperung, wie sie seinen Zeitgenossen immer unvergeßlich bleiben wird: Wessen Stirn trug so sichtlich den Stempel des Genius, aus wessen Auge leuchtete heller das heilige Feuer, das auch sein Wort, das gesprochene und das geschriebene, durchlohte! Über unsere Generation hinaus wird aber, was Josef Kohler gedacht, erdacht, gestaltet und geschaffen hat im Reiche des Rechts, dauern, es wird fortleben in seinen Werken, deren Fülle nicht geschäftiger Vielschreiberei, nein rastlosem, mit innerer Notwendigkeit in ständig wechselnden neuen Formen sich offenbarendem Geist entsprang. Vieler Gelehrten Ruhm beschränkt sich auf den Hammerschlag am mehr oder weniger vergänglichen Wissensgebäude ihrer Zeit. Kohler gehört zu den wenigen Auserwählten, die ihrer Wissenschaft neue Ziele und Wege gewiesen haben; er erfaßte die Wissenschaft des Rechts als ein einheitliches unteilbares Ganzes und wirkte darum fruchtbringend in fast allen ihren Teilen und Zweigen. Darüber hinaus war für ihn die Jurisprudenz im Einklang mit der stolzen Begriffsbestimmung der Römer wahrhaft omnium rerum humanarum atque divinarum scientia. Wie kaum ein zweiter vor ihm gewann er innige Fühlung mit der universitas literarum. Bis auf die Zeiten der Renaissance müssen wir zurückgehen, ehe uns ein gleich umfassender Geist begegnet; seiner ihm

dieses Maß der Fruchtbarkeit ermöglichenden, fast übermenschlichen Arbeitskraft und Leistungsfähigkeit wird ein Vergleich mit anderen überhaupt kaum gerecht. Philosophie, Dichtung und die schönen Künste, sie füllten nicht nur seine dilettierende Muße aus, er verwebte sie vielmehr in den bunten Teppich seiner Wissenschaft, so, wie er sie sah, zu einem künstlerischen unmittelbare ästhetische Freude erzeugenden Ganzen. Nur als Künstlernatur kann der Verewigte begriffen werden. Der gelehrte Forscher und der Künstler sind in ihm eins geworden. Alle Vorzüge seiner Feder, die einfache durchsichtige Linienführung, der niemals die Erdenschwere ringenden Mühens sichtbar zeigende Aufbau des Gedankengebäudes, die üppig schwellende Sprache mit ihren wild vorwärts strebenden Bildern von nicht selten spröder Schönheit erklären sich hieraus. Seine Wortneuschöpfungen haben zum Teil in den juristischen Sprachschatz Eingang gefunden; stets aber stehen die Wortbildungen an der Stelle, wo sie geprägt sind, da als ureigenster Ausdruck der Idee, als wären sie, ohne an gedanklicher Kraft zu verlieren, durch keine andere Wendung ersetzbar. Selten gab es einen juristischen Schriftsteller mit so ausgeprägtem Stil. Mit Kohlers Künstlernatur hängt auch die nicht nur von Pedanten öfter beanstandete Großzügigkeit in der Behandlung verwandter oder abweichender Meinungen, die er offensichtlich durchdacht hat, aber nicht ausdrücklich aufführt, zusammen: Neben dem breiten Strom der Ideen nimmt sich das Gerinnsel der Fußnoten nicht eben gut aus, und da, wo nur die Sache gilt, sind ihm Personennamen Schall und Rauch. Wer könnte auf knappem Raum ein umfassendes Bild von dem Wirken des großen Gelehrten zu geben sich vermessen! Fast jedes Rechtsgebiet dankt ihm Bleibendes. Was er der Strafrechtswissenschaft gewesen ist, wird jedem klar, der das fast 20 Jahre hindurch von ihm geleitete und mit Arbeiten reich beschenkte Archiv durchblättert. Auf dem Boden der klassischen Strafrechtsschule stehend, hat sich Kohler doch nicht den Fortschritten der psychologischen und soziologischen Betrachtungsweise des Verbrechens verschlossen und in seiner Weise den Gedanken einer Reform des Strafrechts in modernem Sinne mit warmer Energie aufgenommen (vgl. das Vorwort zum 50. Bande). Seine Hauptbedeutung als Kriminalist liegt aber nicht hierin, sie liegt auch nicht in der dogmatischen Konstruktion und Vertiefung der strafrechtlichen Begriffe,

sondern einmal in der historischen Forschung und weiter in seinem Kampf um eine gerechte, der Vernunft der Sache zum Siege verhelfende Auslegung des Strafgesetzes. Mit Wehmut veröffentlichen wir an der Spitze dieses noch von dem Verewigten redigierten Heftes seinen letzten Beitrag, der beredtes Zeugnis ablegt von seiner unvergleichlichen Kraft als Quellenforscher. Niemand hat es wohl gleich ihm verstanden, die großen Geister längst vergangener Zeiten wie Thomas von Aquin, Covarruvias, Ludovicus Molina, die zum Teil erst durch ihn für die Strafrechtswissenschaft entdeckt sind, zu beschwören und auch für unsere Zeit aus ihren Gedankengängen Nutzen und Anregung an den Tag zu fördern. Dieses Verdienst tritt aber für den Praktiker zurück hinter dem, was Kohler für eine der Gerechtigkeit dienende Auslegung des Strafgesetzes geleistet hat. Von ihm stammt die Lehre, daß das Gesetz nicht nach dem den Materialien zu entnehmenden Willen des Gesetzgebers, sondern aus sich selbst, möglichst dem vernünftig erfaßten praktischen Bedürfnis entsprechend ausgelegt werden muß, und daß die Auslegung, die heute die richtige ist, in zehn Jahren mit Rücksicht auf die veränderten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse vielleicht als überholt zu gelten hat. Heftige Fehde hat er aller scholastischen, doktrinären am Buchstaben klebenden Gesetzesinterpretation angesagt, die nicht selten in den Rahmen der Strafsatzung geringfügige, vom Standpunkt gesunder Vernunft nicht hineingehörige Dinge einspannt. Zu den Aufgaben, die der Dahingeschiedene in immer wachsendem Umfange unserem Archiv gesetzt hat, Stellung zu nehmen, behalten wir uns für das Geleitwort zum nächsten Bande vor. Soll aber das Archiv seiner Hauptaufgabe, wie wir sie verstehen möchten, ein Mentor der praktischen Strafrechtspflege zu sein, genügen, so müssen alle, die an ihm mitarbeiten, sich von der warmen hinreißenden Liebe zur Gerechtigkeit erfüllen lassen, die immer und überall der bedeutendste Antrieb Kohlerschen Schaffens gewesen ist und als ethische Kraft fortwirken wird. In diesem Zeichen wollen wir siegen!

Klee.

Die Strafrechtsprinzipien des Thomas von Aquin und der Codex juris canonici.

Von Josef Kohler.

I.

§ 1.

Die Genialität des Thomas von Aquin zeigt sich insbesondere auf den Gebieten, in welchen die Ethik hervortritt, denn mit einer Intuition sondergleichen weiß er die Grundprinzipien des sittlichen Lebens zu erkennen. Zu seinen bedeutendsten Leistungen gehören seine Ausführungen über die Strafe, ihre Gerechtigkeit und ihren Einfluß auf das ganze Kulturleben und seine Forschungen über die Verhältnisse, welche die Strafe bestimmen und eine Erhöhung und Minderung rechtfertigen.

Was die Grundnatur der Strafe betrifft, so hat er bereits Gedanken geäußert, die in ihrer Größe und Tiefe erst bei Hegel wiederkehren. Die Sünde ist ein Verstoß gegen die innere Ordnung des Sünders selbst, sodann gegen die menschliche und göttliche Ordnung. Das Wesen der Ordnung besteht nun aber gerade darin, daß der Täter selbst mit dem die Ordnung erheischenden Ganzen zu einer Einheit verbunden ist, woraus von selbst folgt, daß, wenn er in seinem eigenen Willen gegen die Ordnung verstößt, die Ordnung ihn wieder in seine Schranken zurückweisen muß. Es ist dies der Satz von der Einheit, der allerdings schließlich auf ein pantheistisches Prinzip zurückgeht und auf diese Weise in meiner Schrift über das Wesen der Strafe weitergeführt worden ist, der aber auch schon auf dem Standpunkte des Thomas seine volle Berechtigung hat. Die Folge ist die, daß, wer immer ein Peccatum begeht, strafwürdig wird, und insofern kann gesagt werden, daß die Strafe die natürliche Folge des Peccatums ist. Die wichtigste Ausführung findet sich in Summa 1, 2 quaest. LXXXVII, wo es heißt:

In hominibus hoc ex naturali inclinatione invenitur, ut unusquisque deprimat eum, qui contra ipsum insurgit. Manifestum est autem, quod, quaecumque continentur sub aliquo ordine, sunt quodammodo unum in ordine ad principium ordinis: unde quidquid contra ordinem aliquem insurgit, consequens est, ut ab eo ordine et principe ordinis deprimatur. Cum autem peccatum sit actus inordinatus, manifestum est, quod, quicumque peccat, contra aliquem ordinem agit; et id eo ab ipso ordine consequens est, quod deprimatur; quae quidem depressio poena est.

Wer denkt hier nicht an Hegels Negation der Negation!

In 2, 2 quaest. CVIII a. 4 kommt er auf dieselbe Idee zurück, die er hier in der Art ausdrückt, daß durch die Strafe das gerechte Gleichgewicht wiederhergestellt wird, welches der Täter dadurch verletzt hat, daß er in seinem Willen über das Maß hinausgeht, und diese Wiederherstellung kann nur dadurch stattfinden, daß gegen seinen Willen eine entsprechende Gegenwirkung stattfindet. Hier ist gesagt:

Poena non debetur nisi peccato, quia per poenam rēparatur aequalitas justitiae, inquantum ille, qui peccando nimis secutus est suam voluntatem, aliquid contra suam voluntatem patitur. Unde cum omne peccatum sit voluntarium, consequens est, quod nullus punitur hoc modo, nisi pro eo quod voluntarie factum est.

§ 2.

Das ist die poena in se. Thomas unterläßt aber nicht, die Strafe auch nach einer anderen Seite hin aufzufassen, als poena medicinalis, als poena sanativa, als poena preservativa, auch als poena promotiva. Diese poena medicinalis betrachtet er aber nicht bloß vom Standpunkt des Besserungswesens, sondern auch vom Standpunkt der Abschreckung, indem man dem zur Sünde geneigten Menschen den Verlust eines Gutes androht, das ihm höher steht als das, was er durch seinen Frevel zu erreichen wünscht. Hier ist also auch bereits die Theorie des psychologischen Zwanges angenommen, aber nicht wie bei Feuerbach als beherrschender Grundsatz, sondern als begleitendes Nebenprinzip, das er in Anlehnung an Augustin, De civitate Dei XXI, 11 weiter entwickelt. Er sagt hierbei:

2, 2 quaest. 108 a. 3: poenae praesentis vitae sunt magis medicinales, und in a. 4:

Alio modo potest considerari poena, inquantum est medicina non solum sanativa peccati praeteriti, sed etiam praeservativa a peccato futuro, vel etiam promotiva in aliquod bonum; et secundum hoc aliquis interdum punitur sine culpa, non tamen sine causa.

Und wiederum in a. 3:

Cohibentur autem aliqui a peccando, qui affectum virtutis non habent, per hoc quod timent amittere aliqua, quae plus amant, quam ulla quae peccando adipiscuntur.

§ 3.

Die Lehre von der poena medicinalis ist ihm zugleich das Mittel, um gewisse geschichtliche Vorgänge seiner Zeit zu erklären, welche mit der Natur der Strafe in Widerspruch zu stehen schienen; so wenn es vorkam, daß der eine für den anderen gestraft wurde, etwa die Kinder wegen der Frevel ihrer Eltern oder eine Gesamtheit für die Frevel der Einzelnen. Eine derartige Bestrafung ist, wie er meint, nur als poena medicinalis zu verstehen, in dem Sinne, daß hierbei lediglich Besserungs- und Abschreckungselemente, aber keine eigentlichen Strafelemente ins Mittel treten. Dabei sucht er jene Erscheinungen noch rationell zu erklären: die Kinder seien gewissermaßen Teile der Eltern, eine Idee, die dem Vertreter der Lehre von der Erbsünde nahe liegen mußte; sodann komme es häufig vor, daß die Kinder in die Frevel der Eltern eintreten, weshalb hier vorgebeugt werden müsse; und wenn eine Gesamtheit für den Einzelnen büße, so sei dies ein Zeichen des Zusammenhaltes eines solchen einheitlichen Gesellschaftskörpers und zugleich eine energische Verdammung des unsittlichen Treibens. Übrigens solle die Strafe des unschuldigen Dritten keine körperliche, sondern nur eine Vermögens-

strafe sein oder höchstens die Unfähigkeit zu gewissen Ämtern bedingen; die Vermögensstrafe aber könnte besonders dann verteidigt werden, wenn dem Sohn des Hochverräters das väterliche Erbe entzogen werde. Ausführlich handelt er darüber in 2, 2 quaest. CVIII a. 4 und in 1, 2 quaest. DXXXVII a. 8.

In erster Stelle heißt es:

Primo quidem quia unus homo temporaliter est res alterius, et ita in poenam ejus etiam ipse punitur; sicut filii secundum corpus sunt quaedam res patris, et servi quaedam res dominorum. Alio modo inquantum peccatum unius derivatur in alterum vel per imitationem sicut filii imitantur peccata parentum, et servi peccata dominorum, ut audacius peccent.

Tertio ad commendandum unitatem humanae societatis, ex qua unus debet pro alio sollicitus esse ne peccet; et ad detestationem peccati, dum poena unius redundat in omnes, quasi omnes essent unum corpus.

Quia bonum unius dependet ex bono alterius, sicut in crimine laesae majestatis filius amittit haereditatem pro peccato parentis.

In diesen Fällen sei zwar die Strafe eine Strafe sine culpa, non tamen sine causa, so 2, 2 quaest. 108 a. 4, ein Rechtsgedanke, den auch Bonifaz VIII. in c. 23 in 6to de reg. jur. (V 12) aufgenommen hat:

sine culpa, nisi subsit causa, non est aliquis puniendus.

Sehen wir von den Kindern der Hochverräter ab, so kann auch heutzutage eine Strafe Dritter gerechtfertigt sein, wenn die Strafe ihren eigentlichen Charakter ablegt und sich nur als eine vis coactiva darstellt, d. h. durch die Drohung ein bestimmtes Ziel erreichen will, was der Fall ist bei den Polizeivergehen (Leitfaden des Strafrechts S. 164), und auch heutzutage gilt das Prinzip, daß hier die Strafe nur an das Vermögen, nicht an die innersten Güter der Person heranreichen darf.

§ 4.

Dem Satze, daß ein Dritter für die Delikte eines anderen nur mit Vermögensstrafe aufkommen muß, entspricht auch die bereits im Jahre 1245 von Innozenz III. ausgesprochene Regel, daß eine Exkommunikation gegen eine juristische Person nicht statthaft ist, daß sie jedenfalls nur die Täter, nicht auch die unschuldigen sonstigen Mitglieder der juristischen Person trifft. Dem entspricht auch Thomas von Aquin in dem Supplement zur pars III quaest. XXII a. 5, wo es heißt:

Cum Deus, cujus judicium Ecclesia imitari debet, justum cum impio non condemnet et probabile sit, in nulla communitate omnes ad malum consentire, nunquam tota communitas excommunicari debet, licet singuli excommunicari possint.

Anders verhält es sich mit dem Interdikt, welches auch gegen ein Kollegium, gegen einen Staat, ja gegen einen populus statthaft war, wie dies aus c. 16 in 6to de sent. excom. V 11 hervorgeht. Das allgemeine Interdikt kann ein örtliches und ein persönliches sein. Das örtliche Interdikt trifft alle in dem örtlichen Kreise vorzunehmenden Heilshandlungen, dagegen ist es den dortigen Bewohnern unverwehrt, außerhalb

des Ortskreises die kirchlichen Segnungen entgegenzunehmen. So gilt das Interdikt gegen die civitas als örtliches, wogegen das Interdikt gegen den populus als ein persönliches Interdikt aller Volksgenossen gilt, welche daher auch nicht außerhalb ihres Gebietes ihr Heil suchen dürfen. Thomas von Aquin erkennt eine derartige Erstreckung des Interdikts an in der erwähnten quaest. XXII a. 5:

etiam aliquis sine peccato proprio suspenditur; sicut et totum regnum ponitur sub interdicto pro peccato regis. Et ideo non est simile de excommunicatione et suspensione.

Die Mißlichkeiten, welche hierdurch für das Seelenheil der Unschuldigen entstehen, hat nachträglich Bonifaz VIII. durch Milderung der Interdiktfolgen zu mäßigen gesucht, so in can. 24 in 6to de sent. excom. V 11; und in einer Decretale von 1300, die als c. 2 de sent. excom. in den Extravaganten erscheint, bestimmt er, daß für Geldschulden ein derartiges allgemeines Interdikt überhaupt nicht erlassen werden soll außer kraft besonderer päpstlicher Verordnung.

§ 5.

Auch was die Höhe der Strafe betrifft, finden sich bei Thomas Licht- und Tiefblicke. In 1, 2 quaest. DXXXIII a. 2 f spricht er sich über den Grad der Verschuldung aus und über die hierbei in Betracht zu ziehenden Momente. Die Schuld bemesse sich einmal nach der Art des verletzten Gegenstandes und nach der Art der sittlichen Verletzung, je nachdem eine größere sittliche Pflicht, eine heiligere Tugend von der Tat hätte abhalten sollen. Auch die unethische Veranlassung der Tat muß in Betracht kommen; sie kann eine größere Energie des Willens beweisen, andererseits können Umstände, welche die Widerstandskraft des Willens abschwächen, die Tat in einem milderen Licht erscheinen lassen. Außerdem könne sich die Energie des verbrecherischen Willens aus der verbrecherischen Gewohnheit und aus dem inneren Wohlgefallen und dem Genuß ergeben, den dem Täter die Versündigung gewährt, vgl. 1, 2 quaest. CV a. 2 (zu 9).

Von ganz besonderer Bedeutung aber sind seine Ausführungen über Absicht, Vorsatz und Fahrlässigkeit. Ich lasse seine Worte in 1, 2 quaest. DXXIII a. 8 folgen:

Quandoque enim nocumentum quod provenit ex peccato, est praevisum et intentum; sicut cum aliquis aliquid operatur animo nocendi alteri, ut homicida, vel fur; et tunc directe quantitas nocumenti adauget gravitatem peccati, quia tunc nocumentum est per se objectum peccati. Quandoque autem nocumentum est praevisum, sed non intentum; sicut cum aliquis transiens per agrum, ut compendiosius vadat ad fornicandum, infert scienter nocumentum his quae sunt seminata in agro, licet non animo nocendi; et sic etiam quantitas nocumenti aggravat peccatum, sed indirecte, inquantum scilicet ex voluntate multum inclinata ad pecandum procedit quod aliquis non praetermittat facere damnum sibi vel alii, quod simpliciter non vellet. Quandoque autem nocumentum nec est praevisum nec intentum; et tunc si per accidens hoc nocumentum se habeat ad peccatum,

non aggravat peccatum directe: sed propter negligentiam considerandi nocumenta quae consequi possent imputantur homini ad poenam mala quae eveniunt praeter ejus intentionem, si dabat operam rei illicitae.

Also: am größten ist die Schuld, wenn der schädliche Erfolg nicht nur vorausgesehen, sondern auch beabsichtigt wurde. Weniger schlimm ist es, wenn der Täter den Erfolg voraussah, aber nicht beabsichtigte; er hat in diesem Falle den Schaden nicht gewollt, aber es ist sein Verschulden, daß er in der rücksichtslosen Verfolgung seines Zieles die fremden Interessen geopfert hat. Wenn aber weder das eine noch das andere vorliegt, dann kann ihm der Erfolg seines Tuns nur zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden, vor allem, wenn er sich in re illicita bewegte: hier sind wir bei der mittelalterlichen Idee des versari in causa illicita angelangt; wer in causa illicita handelt, der muß sich sagen, daß seine Tätigkeit zu schädlichen Ergebnissen führen kann. So wird also der Unterschied zwischen Vorsatz, Absicht, bewußter und unbewußter Fahrlässigkeit richtig erkannt.

§ 6.

Die negative Stellung des Aquinaten zur Blutrache ist bekannt; sie hängt zusammen nicht nur mit seiner Ansicht vom Staatsleben, sondern auch mit seiner ethischen Abschätzung des Zorn- und Rachegefühls. Der Zorn, wenn er dahin zielt, daß jemand die gerechte Sühne erleiden soll, ist nicht sine ratione 1, 2 quaest. 46 a. 4:

ad iram requiritur aliquis actus rationis et additur impedimentum rationis; und ebenso 2, 2 quaest. 108 a. 4:

vindicatio in tantum licita est et virtuosa, in quantum tendit ad cohibitionem malorum.

Also wer nicht die persönliche Rache bezweckt, sondern die ethische Sühne, Besserung, Heil für andere, der handelt in seiner Rache nicht unsittlich; allerdings soll sie nur ausgeübt werden aliis debitis circumstanciis servatis (2, 2 quaest. 108 a. 1), was man mit Recht dahin versteht, daß die Racheübung durch die öffentliche Macht erfolgen muß und im gerechten Maße.

Soweit Thomas. Man mag hiernach beurteilen, ob ich mit der Behauptung recht hatte, daß die ganze Strafrechtsphilosophie von Thomas bis Hegel keinen wesentlichen Fortschritt aufzuweisen hat.

II.

§ 1.

Man wird dem Codex juris canonici natürlich nicht zum Vorwurf machen, daß er dem Aquinaten nicht in die Tiefe seiner Studien folgt; denn ein Gesetzbuch hat andere Zwecke und Ziele als eine wissenschaftliche Forschung. Bemerkt sei nur, daß der Sprachgebrauch des Codex nicht in allen Punkten mit dem Aquinatischen übereinstimmt. Allerdings wird auch in can. 2286 die poena vindicativa als diejenige

Strafe erkannt, welche direkt zur Sühnung führen soll, und welche daher auch dann eintreten soll, wenn der Frevler zu sündigen aufgehört hat. Dagegen ist der Begriff der poena medicinalis ein viel engerer; hier wird nicht wie bei Thomas unter poena medicinalis die Strafe insofern verstanden, als sie neben dem Gerechtigkeitsziel noch besondere Zwecke, wie Abschreckung und Besserung, verfolgt; vielmehr versteht der Codex hierunter nur die geistigen Zensuren, welche zum Zwecke haben, den Täter von der Fortsetzung des sündigen Tuns abzuhalten und ihn zu einem besseren Wesen zu erziehen, can. 2241. Mit dem Begriff der poena medicinalis ist daher nicht eine Strafe, sondern eine Besserungsfunktion verstanden, welche allerdings neben der Strafe einherlaufen kann.

Was Exkommunikation und Interdikt betrifft, so baut der Codex auf den bisherigen Resultaten auf. Eine Exkommunikation kann nicht gegen eine juristische Person mit ihren Mitgliedern, sondern nur gegen eine leibliche Person ergehen, ein Interdikt aber auch gegen eine juristische Person can. 2255, 2274. Im übrigen kann ein allgemeines Interdikt örtlich oder persönlich sein. Das Interdikt in populum gilt als ein persönliches Interdikt. Die Interdiktsfolgen sind hierbei in der Weise des Bonifaz VIII. abgeschwächt; vgl. can. 2270—2276.

§ 2.

Die Bestimmungen des Codex juris canonici über die Schuldformen sind etwas dürftig; wenn es in can. 2200 heißt: dolus est deliberata voluntas violandi legem, so entspricht dies unserer Ansicht und es entspricht dem Thomasschen Falle des nocumentum praevisum et intentum. Wer aber eine Verletzung bloß voraussieht, ohne sie zu wollen, ist nach can. 2203 zu behandeln, in welchem Falle eine culpa proxima dolo vorliegt. Im übrigen sind die Strafabmessungsgründe in can. 2200—2208 ziemlich in der Weise des Thomas verzeichnet.

Der Codex ist daher, was das Strafrecht betrifft, eine wesentliche Huldigung gegenüber Thomas und den Neuerungen, welche zwischen Thomas und dem Ende des 13. Jahrhunderts spielen.

§ 3.

Was der Codex weiter von monitio, correptio, praeceptum, vigilantia spricht, can. 2306—2311, bewegt sich teils auf dem Gebiete der dem Verbrechenstrieb entgegenarbeitenden Seelsorge, teils auf dem Gebiete der kirchenpolizeilichen Verbrechensverhütung (monitio cum poenae comminatione, und vigilantia, vor allem in recidivos).

Daß diese Fürsorgefunktionen als kirchliche Heilsfunktionen geregelt werden, zeugt von einer richtigen kriminologischen Erkenntnis: Staat und Kirche haben sich nicht nur dem Strafrecht, sondern auch der Verbrechensverhütung zu widmen.

Preußische Gefängnis-Reformversuche bis 1806.

Ein Beitrag zur Geschichte der Kriminalpolitik.

Von Dr. jur. Eberhard Schmidt.

Quellen und Literatur: An ungedruckten Quellen sind benutzt Archivalien des Geheimen Staatsarchivs in Berlin und des Städtischen Archivs in Magdeburg. Bei der Anführung dieser Quellen bediene ich mich folgender Abkürzungen: »Geh.St.A.Berlin« und »Städt.Arch.Magdeburg«. Diesen Abkürzungen werden die Aktenzeichen beigefügt.

Die verarbeiteten literarischen Werke werden, soweit sie nur einmal zitiert werden, mit vollem Titel angegeben. Häufiger und daher abgekürzt werden folgende Schriften angeführt: v. Arnim: Bruchstücke über Verbrechen und Strafen. Berlin 1801 u. 1803. — Behrend: Geschichte der Gefängnisreform. 1859. — Fischl: Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts usw. Breslauer Strafrechtliche Abhandlungen Heft 169. 1913. — Freudenthal: Gefängnisrecht und Recht der Fürsorgeerziehung. In Kohlers Enzyklopädie Bd. 5. 1914. — Günther: Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts. Abt. III, 1. Hälfte. 1895. — Günther: Die Strafrechtsreform im Aufklärungszeitalter. Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik (H. Groß) Bd. 28. 1907. — Hälschner: Geschichte des Brandenburgisch-Preußischen Strafrechts. Bonn 1855. — v. Hippel: Die korrektionelle Nachhaft. 1889. — v. Hippel: Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu. 1895. — Kriegsmann: Einführung in die Gefängniskunde. 1912. — Krohne: Lehrbuch der Gefängniskunde. 1889. — Landsberg: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. 3. Abt., 1. Halbband. 1898. — v. Liszt: E. F. Klein und die unbestimmte Verurteilung. Rektoratsrede 1894. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. II. S. 133 ff. — Mylius: Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium (NCC). — Pollitz: Strafe und Verbrechen. 1910. — Schmidt, Eberhard: Entwicklung und Vollzug der Freiheitsstrafe in Brandenburg-Preußen bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts. Abhandlung des Berliner Kriminalistischen Instituts. 1915. — Stölzel: Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung. 1888. — Stölzel: Carl Gottlieb Svarez. 1885.

I.

Die kriminalpolitischen Grundgedanken, die während des 18. Jahrhunderts die Strafrechtspflege beherrschten, haben in Preußen wie anderswo eine Reihe von Wandlungen durchgemacht, die eine allgemeine geschichtliche Entwicklungstendenz erkennen lassen. Während unter Friedrich Wilhelm I. die Strafrechtspflege in Anlehnung an alttestamentarische Vorstellungen einer oft talionartigen Vergeltung huldigte, neben welcher aus der Reihe der utilitaristischen Strafzwecke allein die generalpräventive Abschreckung von Bedeutung war, verlor während der Regierungszeit Friedrichs des Großen der Vergeltungsgedanke im Hinblick auf die Ziele der Strafe jede Bedeutung, und seine Stellung nahmen die utilitaristischen Strafzwecke, General- und Spezialprävention, allein ein. Damit aber gelangte die kriminalpolitische Entwicklung nicht zur Ruhe. Unter den utilitaristischen Strafzwecken behauptete die General-

prävention zunächst den Vorrang. Aber die Erhebung der Freiheitsstrafe zur Zentralstrafe, die sich freilich zum guten Teil unter nicht kriminalpolitischen Gesichtspunkten vollzog, zeugt kräftig für spezialpräventive Einflüsse. Je mehr sich das 18. Jahrhundert dem Ende zuneigte, desto mehr verstärkte sich in Theorie und Praxis die Bedeutung der Spezialprävention, und bald fehlte es nicht an Vertretern der Wissenschaft und Praxis, die ihr vor anderen Strafzwecken den Vorzug gaben.

Die utilitaristischen Strafzwecke treten uns in den Schriften der führenden preußischen Kriminalisten in verschiedenartiger Ausprägung und nicht immer unter derselben Bewertung entgegen. Das, was alle einte, war der Gedanke [1]), daß es vor allem darauf ankäme, Verbrechen zu verhüten. Das Axiom Suprema lex salus rei publicae fand auf dem Gebiete des Strafrechts seine Deutung in dem Sinne, daß als vornehmste kriminalpolitische Forderung die Sicherung des Staates wie des einzelnen gegen die Ausflüsse verbrecherischer Neigungen einzelner Staatsbürger angesehen wurde. Der Verwirklichung dieser Forderung sollte die Strafe durch ihre generalpräventive, ganz besonders aber auch durch ihre spezialpräventive Wirkung dienen. Spezialprävention bedeutete dabei einmal unschädlichmachende Sicherung, des weiteren Anpassung des Verbrechers an die Gesellschaft, Besserung, und zwar nicht nur im Sinne bürgerlicher, sondern auch moralischer Besserung. Freilich, ob auch moralische Besserung durch Strafen angestrebt und erreicht werden könne, war eine überaus streitige Frage. In den Kreisen der Geistlichkeit wurde sie bejaht [2]); von Juristen wurden vielfach erhebliche Zweifel geltend gemacht, ganz besonders von v. Arnim [3]), der unter »Besserung« nur eine solche im bürgerlichen Sinne verstanden wissen wollte, da »Handlungen, die auf den rechtlichen Zustand der Gesellschaft keinen Einfluß haben, sondern rein moralisch sind, ganz außerhalb der Grenzen der bürgerlichen Strafgesetze liegen« [4]). v. Arnim betonte aber, daß die herrschende Ansicht an der Forderung der moralischen Besserung festhalte, und diese herrschende Ansicht kam insbesondere zum Ausdruck in der umfangreichen populär-rationalistischen Literatur [5]), die sich seit den Tagen Howards und Wagnitzens unablässig mit Fragen des Strafvollzugs, vor allem des Gefängniswesens befaßte.

[1]) Vgl. v. Arnim, Bruchst. II. Teil 1. Bd. S. 27; Klein, Archiv des Krim.-Rechts 1 Bd. 2 St. 1798 S. 41 ff. Dazu v. Liszt S. 148.

[2]) Wagnitz, Über die moralische Verbesserung der Zuchthausgefangenen 1787, insbes. S. 29 ff. Dapp in seinem Gutachten, Geh.St.A.Berlin R 97 II B Nr. 89 fol. 25 ff. Es trifft also nicht zu, daß von damaligen Schriftstellern der Zweck der Besserung »durchweg ganz äußerlich« aufgefaßt worden sei, wie Günther, Idee II 235 und Strafrechtsreform 159 meint.

[3]) A. a. O. S. 10 ff.

[4]) A. a. O. S. 12.

[5]) In Deutschland vor allem durch die bekannte Berner Preisfrage 1777 hervorgerufen und angeregt. Vgl. hierzu vor allem Günther, Strafrechtsform S. 128 ff. und Idee II 227 ff.; ferner Landsberg, Geschichte III 1 S. 412, 435—437; Fischl S. 134 ff.

II.

Das Gefängniswesen lag auch in Preußen arg danieder. Die Entwicklung der Freiheitsstrafe zur Zentralstrafe war bekanntlich nicht von einem entsprechenden Fortschreiten in der zahlenmäßigen Begründung und im Ausbau von Strafanstalten begleitet worden. Die Zustände der Strafanstalten machten daher die Verwirklichung der beabsichtigten Strafzwecke von vornherein illusorisch. Ohne auf die Mängel, die den Festungsgefängnissen, den Zucht- und Arbeitshäusern und vor allem den kleinen patrimonialen Gefängnissen in Stadt und Land anhafteten, im einzelnen eingehen zu wollen[6]), möchte ich als besonderen Übelstand den Mangel jeder Klassifizierung der Strafgefangenen herorheben. Das Eigentümliche in den Wirkungen, die die verstärkte Betonung des Besserungsgedankens für den Strafvollzug hervorgebracht hat, beruht nun gerade darin, daß man den Versuch machte, »auf ihn ein System zu gründen«[7]), nach welchem die Unterbringung und die Behandlung der Sträflinge vor sich gehen sollte. Ein solches System mußte aber mit dem inneren Ausbau der Anstalten und ihrer Einrichtung im engsten Zusammenhange stehen.

Das Bösebubenhaus zu San Michele in Rom[8]) und vor allem das Genter Zuchthaus des Grafen Vilain XIV.[9]) bildeten die ersten Versuche, Haftsysteme, beruhend auf der Besserungsidee, praktisch durchzuführen. Allein den Anstoß zu jener internationalen Reformbewegung des ausgehenden 18. Jahrhunderts haben diese Anstalten nicht geben können. Eine solche Bewegung wurde erst durch Howards Wirken in England ausgelöst. Howard vertrat das Prinzip möglichster Isolierung bei Tag und Nacht neben ausnahmslosem Arbeitszwang[10]). In Amerika endlich verlangten der Quäkerstaat und insbesondere die in Pennsylvanien in den 70er Jahren des 18. Jahrhunderts gegründete Gefängnisgesellschaft[11]) völlige Isolierung zum Zwecke der Beförderung von innerer Einkehr und Reue. Ja, es ist nicht einmal sicher, ob in dem ersten Zellengefängnis in der Wallnut-Street nicht sogar das Prinzip der Beschäftigungslosigkeit gegolten hat[12]).

---

[6]) Vgl. Kriegsmann S. 18 ff.; Pollitz S. 23 ff.; Eb. Schmidt S. 22 ff.; Krohne S. 19—26; Freudenthal S. 86/7.

[7]) Kriegsmann S. 25.

[8]) Kriegsmann S. 25; Rosenfeld in Ztschrft. f. d. ges. Strafrechtsw. Bd. 26 S. 18, mit Abbildung; Freudenthal S. 84.

[9]) Kriegsmann S. 26; Krohne S. 27; Freudenthal S. 87.

[10]) Behrend S. 53; Kriegsmann S. 28/29; Freudenthal S. 88.

[11]) Behrend S. 3 ff.; Kriegsmann S. 30; Krohne S. 31 u. 39 ff., Pollitz S. 29; Freudenthal S. 88.

[12]) Die Frage ist bekanntlich bestritten. Näheres bei Kriegsmann S. 31 Anm. 1. Pollitz S. 29 ist übrigens ebenso wie Kriegsmann der Ansicht, daß in den 1790 und 1803 gegründeten Einzelhaftzellen nicht gearbeitet wurde.

In Preußen wurde die Entwicklung der ausländischen Gefängnis-Reformbestrebungen mit offenen Augen verfolgt. Die Literatur — an der Spitze Wagnitz — sorgte für baldiges Bekanntwerden der englischen und transozeanischen Reformideen, und der populär-rationalistische Zug der Zeit war einer Ausbreitung des allgemeinen Interesses an den einschlägigen Fragen zweifellos günstig. Die Strafvollzugspraktiker, zu denen Wagnitz als Hallescher Anstaltsgeistlicher ebenfalls gehörte, ließen in ihren amtlichen Berichten und Gutachten [13]) vielfach die Sehnsucht nach einer Sekte hindurchklingen, die »wie die Quäker mit kaltem Ernst einen hohen Grad von Humanität verbände« [14]), und das englisch-amerikanische Vorbild mag begünstigt haben, daß auch in Preußen die Reformbewegung einen nicht zu unterschätzenden religiösen Einschlag erhielt.

III.

Von seiten des Staates waren Anläufe zu einer Reform des Gefängniswesens schon früher gemacht worden, hatten aber niemals zu greifbaren Ergebnissen geführt.

1. Schon Friedrich Wilhelm I. hatte am 7. Mai 1738, offenbar durch Klagen über die Zustände der Zuchthäuser veranlaßt, von allen Regierungen Berichte über die in ihrem Amtsbereich befindlichen Spinn-, Zucht- und Arbeitshäuser erfordert [15]). Die Berichte liefen von allen Regierungen ein; sie waren unkritisch gehalten und mögen den Ansprüchen des Königs, der besondere kriminalpolitische Zwecke mit den Zuchthäusern kaum verfolgte, genügt haben; jedenfalls wissen die Akten von irgendwelchen Verbesserungsmaßnahmen nichts zu berichten.

2. Von neuem — und diesmal energischer — wurde an eine Revision der in den Zuchthäusern vorhandenen Zustände herangegangen, als der Wirkliche Geheime Etats- und Justizminister Friedemann v. Münchhausen [16]) am 9. März 1769 dem Generaldirektorium erklärte, daß das Zuchthaus zu Spandau »eher eine Schule der Bosheit als eine Corrections-Anstalt sey«, und beantragte, »das Zuchthaus zu Spandow durch in dergleichen Geschäfte kundige Persohnen visitieren und auf einen guten dem Publico würklich nutzbaren Fuß gefällig setzen zu lassen« [17]). In einem weiteren Berichte vom 10. April 1769 bemängelte v. Münchhausen u. a., daß die Gefangenen nicht genügend voneinander getrennt würden und sich gegenseitig ungünstig beeinflussen könnten. Der

[13]) Näheres unten.

[14]) So der Geheime Justizrat Möller in seinem 1801 erstatteten Gutachten: Geh.St.A.Berlin R 97 II B Nr. 89 fol. 64 ff.

[15]) Geh.St.A.Berlin R 49 A 1 Gen. in Criminalia 1737—1744 n. 18: Acta wegen der Spinn-, Zucht- und Arbeits-Häuser in den Königlichen Provinzen.

[16]) 1763—1784: Stölzel, Rechtsverw. I S. XXXIV.

[17]) Geh.St.A.Berlin R 9 C 6 c 1 Acta de 1769 ff.

Vorschlag, die lebenslänglich einsitzenden Züchtlinge von den anderen Insassen gesondert zu halten, weist, so primitiv er uns anmutet, immerhin schon auf die dämmernde Erkenntnis von der Notwendigkeit einer Klassifizierung der Gefangenen hin. Das Spandauer Zuchthaus wurde visitiert, und die wichtigsten der von v. Münchhausen gerügten Mängel wurden nach einem Bericht der Zuchthausdirektion vom 20. September 1769 durch entsprechende Maßnahmen beseitigt. v. Münchhausen, der dies dem Generaldirektorium am 4. Dezember 1769 nicht ohne Genugtuung mitteilte, forderte nunmehr eine allgemeine Visitation der in der Monarchie befindlichen Zuchthäuser mit Ausnahme derjenigen von Schlesien und Ostfriesland. Das Generaldirektorium begnügte sich jedoch damit, von den Kriegs- und Domänenkammern Berichte einzufordern; trotz offensichtlicher zahlreicher Mängel wurde aber kaum etwas zur Abhilfe getan.

3. Die beiden Revisionen von 1738 und 1769/70 konnten deshalb eine wesentliche Verbesserung in das preußische Gefängniswesen von vornherein nicht hineintragen, weil sie nicht auf gründlicher kriminalpolitischer Vorarbeit fußten. Es gab nirgends eine Norm für eine zweckmäßige Einrichtung von Gefangenenanstalten, ja, der Zweck der Gefangenenanstalten selbst war wissenschaftlich und praktisch nicht geklärt. Es bedeutete daher einen Fortschritt, als der Wirkliche Geheime Etats- und Justizminister Freiherr v. Zedlitz[18]) im Jahre 1772 eine von ihm anscheinend beabsichtigte Reform des Gefängniswesens damit eröffnete, daß er den Berliner Stadtrichter Schmidt beauftragte, eine Denkschrift darüber auszuarbeiten, »ob und welchergestalt die zu besserer Einrichtung der Zucht- und Arbeitshäuser sich vorfindenden Hindernisse gehoben werden könnten«[19]). Schmidt stellte, bevor er sich seines Auftrages entledigte, einige Vorstudien an, holte insbesondere aus Amsterdam, Kopenhagen und London[20]) Nachrichten über die dortigen Anstalten ein, und erstattete dann ein Gutachten, das für seine Zeit einen bemerkenswerten Hochstand in der Beurteilung der einschlägigen Fragen aufweist und zahlreiche vortreffliche Vorschläge enthielt. Spezialpräventive Besserung und Sicherung sind die beiden »Endzwecke«, denen die Zucht- und Arbeitshäuser dienen sollen[21]). Aus diesen beiden Zwecken leitet Schmidt alle seine Reformvorschläge ab. Daß die in den preußischen Zuchthäusern sitzenden Gefangenen keine homogene Masse bilden, und daß in dem bunten, ungetrennten Durcheinander der nach Alter, geistiger

[18]) 1770—1789: Stölzel a. a. O.

[19]) Geh.St.A.Berlin R 49 A 1 Gen. in Crim. 1760—1774.

[20]) Diese Seestädte haben damals also noch immer den Vorrang auf diesem Gebiete behauptet. Die Zustände waren in den holländischen Zuchthäusern noch zu Howards Zeit für damalige Verhältnisse mustergültig. Vgl. darüber Krohne Lehrb. 27.

[21]) Von Gefängnissen und Festungen handelt das Gutachten nicht.



und körperlicher Beschaffenheit und Moralität verschiedenartigsten Elemente das Haupthemmnis zur Erreichung moralischer und bürgerlicher Besserung zu erblicken sei, das erkennt er mit voller Klarheit. Daher fordert er vor allem Einführung einer Klassifizierung. Freilich begnügt er sich noch damit, lediglich aus der Länge der erkannten Strafen ohne Rücksicht auf die begangene Tat und ihre Nebenumstände auf die moralische Beschaffenheit der Züchtlinge zu schließen. So teilt er die Verbrecher in drei Klassen ein, die dadurch gewonnen werden, daß er der ersten Klasse diejenigen zuweist, die mit Zuchthausstrafe bis zu vier Jahren bestraft sind, der zweiten Klasse diejenigen, die bis zu zehn Jahren verurteilt sind, der dritten Klasse endlich alle Personen mit längerer Strafdauer. Diese drei Klassen seien voneinander zu trennen, innerhalb der einzelnen Klassen aber seien die Züchtlinge zu gemeinsamer Arbeit anzuhalten, wobei jede Unterhaltung über die begangenen Straftaten gegebenenfalls durch körperliche Züchtigungen zu verbieten sei. Die Art der Arbeit will Schmidt vor allem dem Alter der Züchtlinge anpassen; Kost und Kleidung sollen schlecht sein. Besondere Beachtung verdienen endlich seine Vorschläge hinsichtlich einer obrigkeitlichen Entlassenenfürsorge [22]) und seine Forderung, daß die Entlassung stets festgestellte Besserung zur Voraussetzung haben müsse. Daß Schmidt damit der unbestimmten Verurteilung nicht für alle Fälle das Wort reden will, ergibt schon seine an der Länge der vom Richter erkannten Strafdauer orientierte Klassifizierungsmethode; er denkt vielmehr nur an die in Preußen seit langem übliche, unter polizeilichen Gesichtspunkten stehende Nachhaft, deren allgemeinere Anwendung er für zweckmäßig hält [23]).

Schmidts Gutachten darf insofern einige Bedeutung in Anspruch nehmen, als es zeitlich vor jener Hochflut der Gefängnisliteratur [24]) ausgearbeitet worden ist, gedanklich also als einigermaßen selbständig angesehen werden darf. Der Verfasser schöpfte aus einer langjährigen praktischen Erfahrung, und seine Vorschläge betrafen nur die praktische Durchführung einer zweckmäßigen Freiheitsstrafe. Um so mehr hätten seine Ratschläge Beachtung finden sollen. Daß dies geschehen wäre, bezeugen die Akten nicht. Der weitere Zustand des preußischen Gefängniswesens aber spricht entschieden dagegen.

IV.

Der von v. Zedlitz unternommene Anlauf zu einer Verbesserung der Zustände in den preußischen Strafanstalten verlief also ebenso ergeb-

---

[22]) Vgl. darüber Eb. Schmidt 57.

[23]) Näheres über die unbestimmte Verurteilung in Preußen weiter unten.

[24]) Hierzu Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft 3. Abt. 1. Halbband (Text) S. 412.

nislos, wie alle vorhergegangenen Versuche dieser Art. Weitere Reformansätze sind mir aus der Regierungszeit Friedrichs des Großen nicht bekannt. Erst in nachfriderizianischer Zeit wurde auf einer wesentlich breiteren Basis und unter klarerer Herausarbeitung der zu erstrebenden Ziele an dem für den preußischen Staat dringend notwendigen Werke weitergearbeitet.

Die breitere Basis gab die schon erwähnte populär-philosophische Literatur über das Gefängniswesen und die Strafe im allgemeinen ab, die im Anschluß an die Berner Preisschrift und unter dem Einfluß der Howard-Wagnitzschen Bewegung entstand[25]). Das Bedeutende an dieser Bewegung war, daß das Interesse weitester Kreise für Fragen der Gefängnisreform geweckt wurde.

Für den Staat selbst aber hätte die Entstehung des Allgemeinen Landrechts der Antrieb zu einer erneuten amtlichen Inangriffnahme der Reform sein müssen. Für den strafrechtlichen Teil des Allgemeinen Landrechts stand die zentrale Bedeutung der Freiheitsstrafe von vornherein fest. Die Aufmerksamkeit des Staates mußte somit bei der gesetzlichen Festlegung dieses Zustandes in erhöhtem Maße dem Gefängniswesen zugewendet werden, wenn anders von dem neu kodifizierten Strafrecht für die Besserung der Verbrecher und die immer wieder betonte Sicherheit des Publikums Ersprießliches erwartet werden sollte. Es hatte fast den Anschein, als würden unter Friedrich Wilhelm II. während der Vorbereitung des Allgemeinen Landrechts die in dieser Beziehung erforderlichen Maßnahmen wenigstens eingeleitet werden.

Friedrich Wilhelm II. hatte durch eine Kabinettsorder vom 1. September 1786[26]) den Anlaß gegeben zu einem Auftrage Carmers an Svarez, ein Promemoria über die Prinzipien der Strafrechtspflege abzufassen. Dieses Promemoria[27]) wurde alsbald ausgearbeitet, und es ist immerhin charakteristisch, daß es gleich mit den Worten beginnt: »Zu den Hauptmängeln der bisherigen Criminal-Verfassung gehört: 1. die schlechte Beschaffenheit der meisten Gefängnisse. In engen, feuchten, unterirdischen Löchern schmachten die auf einander gedrängten Gefangenen, unter welchen viele noch gar keines Verbrechens überführt sind; und verlieren durch Mangel an Luft, Reinlichkeit und Bewegung ihre Gesundheit; so wie durch Müßiggang und böse Gesellschaft, den bey ihnen etwa noch vorhandenen Rest von Moralität.« Die Denkschrift geht ferner auf die verbesserungsbedürftige Lage der Strafentlassenen ein und leitet sowohl aus dieser als auch aus der Tatsache des Überhandnehmens von Müßiggang und Bettelei die Forderung ab, daß in den

---

[25]) Vgl. über die religiös-philantropischen Bestrebungen des 18. Jahrhunderts auch Krohne, Lehrb. S. 28 ff.

[26]) Stölzel, Svarez S. 245.

[27]) Wortlaut bei Stölzel, Svarez S. 245—247.

einzelnen Provinzen in Verbindung mit wohleingerichteten Untersuchungsgefängnissen »Werk- und Arbeitshäuser« angelegt werden sollten, um hier einerseits die Untersuchungsgefangenen beschäftigen, anderseits die strafentlassenen Züchtlinge so lange unterbringen zu können, bis sie Gelegenheit zu einem sicheren Fortkommen »in der Welt« nachweisen könnten.

Daß Svarez mit dieser an die Vorschläge des Stadtrichters Schmidt erinnernden Anregung den Grund gelegt hat für eine völlig neue Institution, nämlich das Arbeitshaus im modernen Sinne, hat schon v. Hippel[28]) in seiner 1889 erschienenen Schrift über die korrektionelle Nachhaft dargetan. Den bestehenden Strafanstalten kam sein Promemoria dagegen nicht zugute. Reformvorschläge für diese enthielt es überhaupt nicht. Einen unmittelbaren Erfolg hatte es daher auch hinsichtlich der Strafanstalten nicht aufzuweisen, zumal die Angelegenheit nach Erstattung der Denkschrift gegenüber wichtigeren Fragen zurückgestellt werden mußte[29]).

Auch in seinen dem Kronprinzen 1791/92 gehaltenen Vorträgen befaßte sich Svarez wiederum nur mit der von ihm angeregten Neuanlegung von Arbeitshäusern zur Vollziehung der korrektionellen Nachhaft[30]). Die Reform des bestehenden Gefängniswesens trat nicht in den Kreis seiner Erörterungen.

V.

So wurde das Allgemeine Landrecht geltendes Recht, ohne daß etwas wirklich Ernsthaftes zur Verbesserung des völlig verwahrlosten Gefängniswesens geschehen, und ohne daß der Howard-Wagnitzschen Bewegung und ihren Forderungen Rechnung getragen war. Daß die Tendenzen des neuen Gesetzbuchs mit den vorhandenen Strafanstalten nicht zu verwirklichen waren, konnte niemandem verborgen bleiben, insbesondere, nachdem Wagnitz durch seine «Historischen Nachrichten und Bemerkungen über die merkwürdigsten Zuchthäuser in Deutschland«[31]) die tatsächlich bestehenden Zustände schonungslos an den Pranger gestellt hatte. Aber auch das veranlaßte noch kein Vorgehen des Staates. Erst die Jahrhundertwende brachte das Einsetzen der staatlichen Reformbewegung[32]).

1. Auf den Ausbruch der französischen Revolution reagierte das polizeistaatliche Preußen durch eine Verstärkung seiner Sorge für die öffentliche Sicherheit und Ruhe. Die Ergänzungen des strafrechtlichen Teils

---

[28]) Die korr. Nachh. 1889 S. 8. Vgl. auch Eb. Schmidt S. 61.
[29]) Stölzel, Svarez S. 247/8.
[30]) Stölzel, Svarez S. 301 ff.; v. Hippel, Korr. Nachh. 8/9.
[31]) Erschienen 1791—1794.
[32]) Vgl. v. Liszt in Handb. des Gefängniswesens, herausg. von v. Holtzendorff und von Jagemann, Bd. I S. 161.

des Allgemeinen Landrechts[33]), vor allem das königliche Patent vom 29. Juli 1794 wegen Abstellung des tumultarischen Verfahrens bei Beschwerdeführungen[34]), das Reskript vom 23. Mai 1796 über die Bestrafung der Selbstbefreiung eines Gefangenen[35]), das Edikt vom 20. Oktober 1798 wegen Verhütung und Bestrafung geheimer Verbindungen[36]) und die Zirkular-Verordnung vom 30. Dezember 1798[37]) legen dafür Zeugnis ab. Von besonderer Bedeutung aber war die Zirkular-Verordnung wegen Bestrafung der Diebstähle und ähnlicher Verbrechen vom 26. Februar 1799[38]). Der damaligen Gesetzestechnik entsprechend gibt die Verordnung in der Einleitung die Gründe ihres Erlasses an: »Die seit einiger Zeit zunehmende Anzahl der Diebstähle und das immer häufiger werdende Entweichen der Verbrecher machen es notwendig, die Strafen zweckmäßiger zu bestimmen, welche diejenigen zu erwarten haben sollen, die sich solcher Vergehungen nach Publication dieser Verordnung schuldig machen. — Bey dieser Abänderung der bisherigen Strafgesetze[39]) haben Wir die Landesväterliche Absicht, Unsern getreuen Unterthanen den ruhigen Besitz ihres Eigenthums zu sichern, zur Verhütung des Stehlens und Raubens abschreckende Beyspiele aufzustellen, die Verbrecher, wo möglich zu bessern, und wenn sie keiner Besserung fähig sind, für ihre Mitbürger unschädlich zu machen.«

Auf die Einzelheiten der Verordnung ist hier nicht einzugehen, nur diejenigen Bestimmungen seien näher betrachtet, aus denen die kriminalpolitische Tendenz mit besonderer Deutlichkeit ersichtlich ist. Es sind die §§ 12ff. Danach wird gegen einen zum zweiten Male oder öfter rückfälligen Dieb »auf Einsperrung in eine Besserungsanstalt[40]) auf so lange erkannt, bis die Vorgesetzten dieser Anstalt sich überzeugt haben, daß der Verbrecher durch die erlittene Strafe würklich[41]) gebessert worden, daß er im Stande sey, sich auf eine redliche

---

[33]) Vgl. dazu Hälschner S. 232ff.

[34]) Mylius NCC IX Sp. 2381.

[35]) Mylius NCC X Sp. 403.

[36]) Mylius NCC X Sp. 1775.

[37]) Mylius NCC X Sp. 1851.

[38]) Mylius NCC X Sp. 2249. Archiv des Kriminalrechts Bd. II 1. Stck. S. 32ff. Durch Kabinettsorder vom 11. Februar 1799 (von Goldbeck gezeichnet) wurde dem Kammergericht ein Entwurf der Verordnung zur Prüfung und Begutachtung binnen 14 Tagen zugesendet. Der Entwurf wich in Einzelheiten von der endgültigen Verordnung ab. Geh.St.A.Berlin Rep. 84 IX Gesetz-Komm. Spec. Num. 3: »Acta der Gesetz-Kommission ad Rescriptum vom 11. Februar 1799, die Verordnung wegen Bestrafung der Diebstähle und ähnlichen Verbrechen betreffend. 1799.«

[39]) Über die durch diese Änderung bewirkte Verwirrung der Rechtslage vgl. Hälschner S. 233/4. v. Arnim, Bruchstücke Anlage Nr. 7, bringt eine »Nachweisung, wie Diebe und Räuber in allen im 20. Titel des 2. Teiles des Allgemeinen Landrechts angeführten einzelnen Fällen sowohl nach dem Allgemeinen Landrecht als auch nach der Cirkularordnung vom 26. Februar 1799 bestraft werden sollen«.

[40]) Im Entw. steht »Arbeitsanstalt«.

[41]) »würklich« fehlt im Entwurfe.

Art zu ernähren, und daß durch dessen Freylassung der öffentlichen Sicherheit nicht geschadet werde«. §§ 18 und 19: »Wird ein bereits wegen gewaltsamen Diebstahls Bestrafter eines nachher begangenen gewaltsamen oder auch sonst nur beträchtlichen Diebstahls überführt, so wird auf mehrmalige strenge Züchtigung, und statt einer bestimmten Anzahl von Jahren auf Einsperrung bis zur erfolgenden Begnadigung erkannt. — — Die Begnadigung . . . . . . wird nur alsdann bewilligt werden, wenn . . . . . . überzeugend nachgewiesen ist, daß der Bestrafte mehrere Jahre hindurch sich untadelhaft betragen, daß er im Stande sey, sich in der Folge auf eine ordentliche Art zu ernähren, und solchergestalt nicht daran gezweifelt werden könne, daß der Zweck seiner Besserung vollständig erreicht sey«.

Sicherung des Publikums und »wirkliche« oder »vollständige« Besserung des Täters sind hiernach die ausgesprochenen Ziele der Bestrafung[42]). Sie zu erreichen, schreckt die Verordnung nicht davor zurück, in konsequentester Weise zum ersten Male in die preußische Gesetzgebung die unbestimmte Verurteilung zur Strafe ganz allgemein einzuführen. Die unbestimmte Verurteilung zur Strafe! Damit ging die Verordnung weiter als das Allgemeine Landrecht, das nach § 5 des strafrechtlichen Teils eine Freiheitsentziehung auf unbestimmte Zeit nur als eine »nach ausgestandener Strafe« eintretende polizeiliche korrektionelle Nachhaft kannte[43]). Jetzt aber sollte die Strafzeit überhaupt von unbestimmter Dauer sein. Ein völliges Novum war damit freilich in die preußische Strafrechtspflege nicht hineingetragen, vielmehr kamen Verurteilungen dieser Art von Fall zu Fall auch früher schon vor[44]). Neu aber war

[42]) Vgl. v. Liszt, Strafr. Aufs. u. Vortr. II S. 156.

[43]) Das Allgemeine Landrecht stand damit ganz auf dem Boden der von E. F. Klein vertretenen »Theorie der Sicherungsmittel«. Vgl. hierzu vor allem v. Liszt a. a. O. S. 151/2 und S. 155. Von den zahlreichen Aufsätzen Kleins seien genannt: Arch. d. Krim.-R. I. Bd. 2. Stck. S. 41 ff.; ebenda S. 37 ff.; desgl. S. 34 ff.

[44]) Urteile dieser Art befinden sich im Geh.St.A.Berlin: R 9 C 6 c 2 Zuchthaus — 1775. Besonders bei geminderter Zurechnungsfähigkeit oder sonstigen psychopathischen Erscheinungen tritt die reine unbestimmte Verurteilung uns entgegen. In den aus den Jahren 1761 und 1762 herrührenden Listen über die im Spandauer Zuchthaus einsitzenden Personen finden sich zwei Fälle mit dem Vermerk »auf unbestimmte Zeit«. 1764 wird die Ehefrau des Peruquier Ostrowsky wegen eines in summo gradu melancholiae begangenen Kindermordes zur Zuchthausstrafe verurteilt, »bis sie die vollkommenste Probe eines vernünftigen Menschen an den Tag leget«. Interessant sind auch folgende Kabinettsorders: »S. K. M. in Preußen pp. Unser allergnäd. Herr lassen dem Commissario des Spandowschen Zucht- und Abeits-Hauses hiermit anbefehlen Louisa Frörichen anzunehmen und dieselbe wegen der von ihr zugestandenen Brandstiftung so lange zur mäßigen Arbeit anzuhalten, bis sie in beßere Leibes und Gemüths Umstände versetzt seyn wird, jedoch sie auch alsdann ohne vorgängige Anfrage nicht zu dimittiren.

Berlin, d. 24. Febr. 1762.

A. Sp. B.

1768 erfolgt die Entlassung. Bißmarck. Dankelmann«.

die allgemeine Verwendung der unbestimmten Strafverurteilung im Gesetz. Was ist begreiflicher, als daß nach diesem Schritte sich abermals die Aufmerksamkeit der Behörden und des Publikums auf die Strafanstalten lenkte, von deren Zustand der Erfolg der Maßregel in erster Linie abhängen mußte? Die Fragen, die sich mit besonderer Gewalt aufdrängten, mußten lauten: Gewähren die vorhandenen Strafanstalten dem Publikum hinreichende Sicherheit vor dem Verbrecher? Gewähren sie dem Verbrecher hinreichende Möglichkeit, sich zu bessern? Die Antwort auf diese Fragen konnte nach den Wagnitzschen Enthüllungen nicht zweifelhaft sein; hatte doch die Verordnung vom 26. Februar 1799 in ihrer oben wiedergegebenen Einleitung selbst die richtige Antwort gefunden! Eine Reform des Gefängniswesens war demnach die unabweisliche Forderung; der Staat konnte sich ihr nicht länger entziehen, mußte vielmehr — was er zweckmäßiger schon vor dem Erlaß der Verordnung[45]) getan haben sollte — nunmehr selbst an die Lösung der schweren Aufgabe herantreten.

›S. K. M. in Preußen pp. Unser allergn. Herr laßen dem Commissario des Spandowschen Zucht- und Arbeitshauses hierdurch anbefehlen, auf Vorzeigung dieses Dorotheen Sophien Wiggerts verehelichte Reinickin zu ihrer selbst eigenen und des Publici Sicherheit in dortiges Zucht-Hauß anzunehmen und sie daselbst bey einer ihren Umständen gemäßen Arbeit und dem Gebrauche dienlicher Artzeney auch anderer Beßerungs-Mittell wozu ein ordentlicher Medicus zu adhibiren, so lange wohl zu verwahren, bis nach dem Urtheil des Artztes von ihr nichts weiter zu besorgen und auf die davon geschehene Anzeige deren Dimittirung nachgegeben seyn wird.

Berlin, den 20. Oct. 1764.

Auf Sr. Königl. Majestät allergnädigsten Special-Befehl
v. Jariges, Fürst, Münchhausen, v. Dorville.‹

1766 erfolgt die Entlassung nach Erstattung eines ärztlichen Gutachtens.

Während es sich in diesem letzten Falle offenbar um keinen Kriminalfall, sondern nur um eine sicherheits- oder wohlfahrtspolizeiliche Unterbringung einer Kranken handelt, haben wir im vorhergehenden Fall eine im Wege des Strafurteils erfolgende unbestimmte Verurteilung, was aus dem Annahmebefehl an den Zuchthauskommissar ganz deutlich erhellt. Freilich dürften auch bei diesem Urteil sicherheitspolizeiliche Gründe mehr ausschlaggebend gewesen sein als kriminalpolitische. Bei der mehr polizeilich gehandhabten Strafrechtspflege der damaligen Zeit nimmt dies nicht wunder. — Die Fälle, in denen die Freiheitsentziehung auf unbestimmte Zeit im Sinne einer nach Verbüßung einer zeitlich fest bestimmten Strafe einsetzenden korrekt. Nachhaft vorkommt, sind weit häufiger und dürften die Regel bilden. Daß Preußen in der Entwicklung eines derartigen Sicherungsrechts neben dem Strafrecht nicht allein steht, beweisen die interessanten Untersuchungen von Fritz Horn: Die unbestimmte Verurteilung in der Geschichte der altösterreichischen Strafgesetzgebung. Wien 1907. An dieser Stelle kann ich auf die Geschichte der unbestimmten Verurteilung in Preußen nicht näher eingehen, vielmehr behalte ich mir vor, meine archivalischen Studien darüber an anderer Stelle zu publizieren. Vgl. zunächst vor allem v. Liszt a. a. O.

[45]) Es ist zu beachten daß die Verordnung von einem Strafmittel — Besserungsanstalt — spricht, das damals noch gar nicht existierte, sondern erst geschaffen werden sollte.

2. Im Jahre 1799 wurde anscheinend in der ganzen Monarchie eine allgemeine Bestandsaufnahme sämtlicher Strafanstalten vorgenommen, die zweifellos in einem inneren Zusammenhang mit der Zirkular-Verordnung vom 26. Februar 1799 steht. Soweit ich die noch erhaltenen Akten über das preußische Gefängniswesen übersehe, wurde auf Grund einer Kabinettsorder vom 25. Juni 1799 überall eingehendes Tatsachenmaterial über die vorhandenen Zucht- und Arbeitshäuser und auch über die kleinen und kleinsten Patrimonialgefängnisse gesammelt und den Zentralbehörden vorgelegt[46]). Das Ergebnis dieser Aufnahme dürfte selbst die düstersten Erwartungen übertroffen haben, insbesondere hinsichtlich der Gefängnisse, deren Unsicherheit, hygienische Mangelhaftigkeit und völlige Ungeeignetheit zur Verfolgung kriminalpolitischer Zwecke in grelles Licht gerückt wurde. An eine auch nur bürgerliche Besserung der Verbrecher war ebensowenig zu denken wie an eine Sicherung des Publikums, selbst während der Strafzeit. Die damals oft erörterte Zunahme der Eigentumsdelikte wurde diesen Umständen vor allen Dingen zugeschrieben[47]), und da es auf der Hand lag, daß den nunmehr amtlich aufgedeckten Übelständen nicht über Nacht abgeholfen werden könne, daß vielmehr längere Zeit vergehen würde, bis das Gefängniswesen einigermaßen den an dieses zu stellenden Bedingungen entsprechen würde, so ist es immerhin erklärlich, daß man zunächst, um wenigstens der Sicherheit des Publikums Genüge zu tun, auf die im April 1799 erfolgte Anregung des Danziger Stadtgerichts hin jenen Deportationsversuch unternahm, dessen kläglichen Verlauf ich als bekannt voraussetzen darf[48]). Die kriminalpolitische Arbeit des Justizministeriums wurde freilich durch diesen Versuch und seine Vorarbeiten aus der begonnenen Richtung geworfen, die nötige Gefängnisreform jedoch nicht vergessen. Die an den Großkanzler v. Goldbeck gerichtete Kabinettsorder vom 28. Februar 1801[49]) beweist dies durch folgende Stelle: »Hiernächst ist es zwar nach Eurem Vorschlage nothwendig, eine Verordnung zu machen, bei welchen Verbrechen künftig in den Criminalurtheln auf die Strafe der Deportation zu erkennen sein wird; dabei muß aber zugleich die Verordnung vom 26sten Febr. 1799, und das Allgemeine Landrecht in Betreff der Gesetze wider Brandstifter,

---

[46]) Städt.Arch.Magdeburg I Z 33[70]; Geh.St.A.Berlin Rep. 46 B n. 149 Fiscalia in genere 1763 ff., und zwar Vol. Speciale IV. Auf Einzelheiten des interessanten Materials kann hier nicht eingegangen werden. Es zeigte sich, daß zahlreiche Orte überhaupt keinen Raum für Gefangene hatten, und daß vielfach noch die mittelalterlichen Turmgefängnisse in Gebrauch waren.

[47]) Vgl. Stölzel, Rechtsverw. II 345.

[48]) Stölzel, Rechtsverw. II S. 346 ff. Wichtig vor allem die Kabinettsorder vom 28. Februar 1801, über die unten im Text gesprochen werden wird.

[49]) Abdruck bei v. Arnim, Bruchstücke Anlage 4. Orig.-Druck in den Akten Rep. 97 II D Nr. 28 des Geh.St.A.Berlin.

Räuber und gefährliche Diebe, nach den bisher gemachten Erfahrungen von ihrer unrichtigen Anwendung oder Unzulänglichkeit zu dem Zweck des Staats, sämmtliche Einwohner gegen auswärtige und einheimische, das Leben und das Eigenthum ihrer Mitbürger in Gefahr setzende Bösewichter, durch angemessene Strafen und Anstalten zu schützen, revidirt, die neue Verordnung nach dieser Revision entworfen, und alsdann erst der Gesetzcommission zum Gutachten vorgelegt werden. Das beste Strafgesetz wird indessen den Zweck immer nur sehr unvollkommen erreichen, wenn nicht durch zweckmäßige Anstalten für die Besserung solcher Verbrecher, die dazu noch Hoffnung geben, und deren Separation von den incorrigiblen Bösewichtern, auch dafür gesorgt wird, daß die aus den Gefängnissen zu entlassenden Verbrecher Gelegenheit und Mittel erhalten, sich ihren Unterhalt auf eine redliche Weise zu erwerben. Ich habe deshalb Meine Absicht schon längst und wiederholentlich erklärt, und damit Ich sie endlich einmal erreiche; so mache Ich Euch den speciellen Auftrag, für die bald möglichste Einrichtung solcher Anstalten Sorge zu tragen, und wegen der nöthigen Assistenz mit Bezug auf diese Anweisung, die concurrirenden Departements zu requiriren«.

Goldbeck nahm die nötigen Arbeiten nunmehr unverzüglich auf. Welche Pläne er verfolgte, welche Ideen ihm vorschwebten, zeigen seine im März oder April 1801[50]) ausgearbeiteten »Grundsätze, nach welchen die in der Allerhöchsten Cabinets-Ordre vom 28. Februar 1801 befohlene Einrichtung der in sämmtlichen Preußischen Staaten anzulegenden Besserungs-Anstalten zu bewerkstelligen«[51]). Hierin heißt es unter anderem: ». . . . . . Ferner war es bis jetzt nicht möglich, die Zeit zu bestimmen, nach deren Verlauf man einen der allgemeinen Sicherheit gefährlich gewesenen Verbrecher in Freiheit setzen durfte, ohne befürchten zu müssen, daß er solche zur Erneuerung seiner Uebelthaten benutzen werde. Der Criminalrichter konnte nur eine nach der Größe der Vergehungen abgemessene Strafzeit festsetzen[52]). War auch im Urtheil hinzugefügt, die Loßlassung solle erst dann erfolgen, wenn ein künftiger ehrlicher Erwerb nachgewiesen würde, so war doch eine solche Nachweisung nur in seltenen Fällen möglich[53]), und die Zahl der bis

[50]) Am 6. Mai 1801 überreichte er die »Grundsätze« dem Minister v. Voß. Siehe nächste Anmerkung.

[51]) Geh.St.A.Rep. 97 II B n. 89: »Acta betreffend die Anlegung von Besserungs-Anstalten und Werkhäuser in der Churmark«. Diese Akten enthalten für alles folgende die Belege, soweit nicht ausdrücklich eine andere Quelle angegeben wird.

[52]) Vgl. E. F. Klein in Archiv des Krim.-R. Bd. I, 2. Stück 1798 S. 37 ff. Kleins Einfluß auf das preußische Strafrecht ist auch hier wiederum nicht zu verkennen.

[53]) Strafvollzugspraktiker damaliger Zeit standen der Möglichkeit die Besserung eines Züchtlings festzustellen, sehr skeptisch gegenüber. Die Direktion des Zuchthauses zu Jauer erklärte im Jahre 1799, sie habe »nie zu urteilen sich getraut«, ob eine wirkliche moralische Besserung eingetreten sei; sie habe daher stets nur über

dahin Aufzubewahrenden häufte sich dergestalt, daß es schon längst an Raum und Unterhaltungs-Kosten gemangelt haben würde, wenn nicht das öftere Entweichen der Gefangenen deren Zahl beträchtlich vermindert hätte. In Zukunft soll die Strafzeit benutzt werden, um die gewesene Verbrecher, wo möglich zur Ordnung und Arbeitsamkeit zu gewöhnen, und sie dergestalt zu beobachten, daß man zu der Ueberzeugung gelangen könne, welche unter ihnen als incorrigible außer Landes zu schaffen oder als gebessert wieder in Freiheit zu setzen. Dieses zu bewürken, muß eine Vertheilung in strenge und gelinde Besserungs-Anstalten auch Werkhäuser stattfinden können, damit aus ersteren der Uebergang in die letzteren erfolgen könne.« Noch mehr als in der Zirkular-Verordnung vom 26. Februar 1799 wurden hier Besserung und Sicherung betont, alle bisherigen Mißerfolge den bestehenden Zuständen in den Strafanstalten zur Last geschrieben, und das Problem der unbestimmten Verurteilung bedingte alle Vorschläge, die des weiteren zur praktischen Erreichung des gesteckten Zieles dienen sollten. Um vor allem die fortschreitende Besserung oder das Beharren des Sträflings bei seinen verbrecherischen Neigungen kontrollieren zu können, entschied sich Goldbeck ganz folgerichtig für eine strenge Klassifizierung. Er wollte daher außer den Zuchthäusern der bisherigen Art dreierlei Anstalten begründet wissen, nämlich strenge Besserungsanstalten, gelinde Besserungsanstalten und Werkhäuser. Die Zuchthäuser sollten lediglich dem Strafvollzug, die anderen Anstalten sowohl diesem als auch der korrektionellen Nachhaft sowie jeder anderen Sicherungshaft dienen. Dadurch aber, daß ein Übergang von einer Kategorie in die andere beabsichtigt wurde, der von der Besserung bedingt sein sollte, entstand eine Art Progressivsystem, dessen letzte Etappe bereits die Halbfreiheit war mit Arbeiten und auch Übernachten außerhalb der Anstalt[54]). Was noch fast ganz zu vermissen ist, das ist ein Haftsystem

---

das äußere Verhalten berichtet und der höheren Instanz überlassen, daraus die nötigen Schlüsse zu ziehen. Auch die Direktion des Zuchthauses zu Brieg äußerte sich in diesem Sinne. Geh.St.A.Berlin Rep. 46 B n. 149 Fisc. in genere 1763 ff.

[54]) I. In die strengen Besserungsanstalten sollen gebracht werden:
1. die dazu durch Kriminalurteil Verurteilten;
2. die, welche von der Landpolizei als aufgegriffene Vagabunden oder sonst gefährliche Müßiggänger dahin gesendet werden;
3. alle, die wegen Mordbrennerei, Raub, gewaltsamen Diebstahls oder arglistigen Betruges in Zuchthaus oder Festung gesessen haben, nach Ablauf der Strafzeit;
4. alle, die aus den gelinden Besserungsanstalten wegen schlechten Benehmens dorthin zurückversetzt werden.

II. In die gelinden Besserungsanstalten sind aufzunehmen:
1. die aus den strengen Besserungsanstalten dorthin Versetzten;
2. die dazu durch Kriminalurteil Verurteilten;
3. die durch die Landespolizei dorthin Eingelieferten;

innerhalb der einzelnen Anstaltskategorien. Eine Trennung der Schlafkammern von den Arbeitsstuben wurde zwar für notwendig erachtet, auch wurde es für »wünschenswert« angesehen, »wenn die Localität es gestattet, die Gefangenen nach ihrer mehreren oder minderen Verderbtheit in verschiedene Klassen abzusondern und das Hinaufrücken in eine bessere, sowie das Zurückweisen in eine schlimmere Classe als eines der vorzüglichsten Besserungsmittel in Anwendung zu bringen«, aber unbedingter Wert wurde auf solche Maßnahmen noch nicht gelegt, und Schlüsse hinsichtlich der baulichen Anlage der Anstalt wurden aus dieser Klassifizierungsmethode noch nicht gezogen. Genaue Vorschläge wurden bezüglich der Behandlung der Gefangenen, ihrer Bestrafungen [55]) und ihrer Belohnungen [56]) gemacht.

Goldbecks »Grundsätze« wurden einer an das Kammergericht adressierten Kabinettsorder vom 6. Mai 1801 als Anlage beigefügt und in dieser Order die Erstattung eines Gutachtens über die zweckmäßigste und billigste Anlegung solcher Besserungsanstalten gefordert [57]). Bemerkenswert ist, daß sich das Kammergericht nur über die Anlegung der Anstalten, also über die Durchführung der Goldbeckschen Vorschläge, nicht aber über deren Wert oder Unwert äußern sollte. Die Grundsätze müssen demnach als solche gebilligt worden sein. Das Kammergericht wandte sich am 18. Mai 1801 [58]) an die Churmärkische Kriegs- und Domänenkammer mit der Aufforderung, Vorschläge für die Ausführung der Königlichen Kabinettsorder zu machen. Bemerkenswert sind die Leitsätze, die der Kammer hierfür vorgeschrieben wurden, die aber für recht geringes Verständnis des Kammergerichts hinsichtlich der Reformbedürfnisse zeugen [59]). Die Leitsätze des Kammergerichts beschränkten sich im

---

4. solche Zuchthäusler nach Ablauf der Strafzeit, die nicht wegen eines der unter I 3 genannten Delikte verurteilt waren und einen ordentlichen Erwerb nicht nachweisen können;
5. die aus den Werkhäusern zur Bestrafung dorthin Abgelieferten;
6. junge Leute zur Korrektion auf Antrag ihrer Eltern oder Vormünder.

III. In den Werkhäusern sind unterzubringen:
1. die aus den gelinden Besserungsanstalten Entlassenen;
2. die zum ersten Male als Bettler Aufgegriffenen;
3. arme Leute, die sich freiwillig dort zur Aufnahme melden.

[55]) Insbesondere die Zurückversetzung in eine ungünstigere Anstaltskategorie.

[56]) Besondere »Ehrenplätze« im Eß- und Arbeitssaal, Freistunden, Bezahlung der Überpensa, Beförderung zu Unteraufsehern usw.

[57]) Fol. 1 der zitierten Akten.

[58]) Fol. 12, 13 a. a. O.

[59]) Das ist um so auffallender, als sich in den letzten anderthalb Jahrzehnten des 18. Jahrhunderts eine »ganz besonders tüchtige Criminalrechtspflege« am Kammergericht entwickelt hatte. Die nicht zu leugnende Tüchtigkeit auf rechtsdogmatischem Gebiete ist anscheinend nicht von besonderer kriminalpolitischer Großzügigkeit und Weitsichtigkeit begleitet gewesen. Vgl. Holtze, Geschichte des Kammergerichts Bd. 3 (1901) S. 421; Bd. 4 (1904) S. 34.

Grunde darauf, größtmögliche Kostenersparnis zu empfehlen und unter diesem Gesichtspunkte darzulegen, daß der Bau neuer Anstalten vermieden und statt dessen versucht werden müsse, mit dem Aus- und Umbau der vorhandenen Strafanstalten auszukommen. Fur die Kurmark wurde die Möglichkeit dieses Verfahrens an der Hand folgender Zahlen zu erweisen versucht:

Im Jahre 1798 befanden sich

a) auf der Festung Spandau .	192 Männer,	
b) im Zuchthause zu Spandau	47 „	, 102 Frauen,
c) im Zuchthause zu Frankfurt	6 „	, 12 „
zusammen	245 Männer,	114 Frauen.

Diese im Verhältnis zur Bevölkerungsziffer sehr kleine Zahl stellte aber — so führte das Kammergericht aus — noch nicht einmal die Anzahl derjenigen dar, für welche Besserungsanstalten im Goldbeckschen Sinne zu errichten seien. Vielmehr sei die Zahl der Ausländer, die sofort nach Ablauf der Strafe über die Grenze gebracht würden, sowie die Zahl derjenigen Einheimischen, die sogleich von Angehörigen aufgenommen würden, in Abzug zu bringen. Die Anzahl der in Besserungsanstalten unterzubringenden Personen würde also eine geringe sein, und mehr als eine Veränderung der bestehenden Anstalten sei nicht notwendig.

Dieselbe Aufforderung, die an die Kriegs- und Domänenkammer gerichtet wurde, erging auch an eine Anzahl von Privatpersonen, nämlich

den Königlichen Geheimen Ober-Finanz-, Kriegs- und Domänen-Rat v. Ernsthausen in Potsdam,
den Königlichen Geheimen Ober-Finanz-, Kriegs- und Domänen-Rat v. Meyerenfeld in Berlin,
den Königlichen Geheimen Ober-Kriegs- und Domänen-Rechnungsrat Müller in Berlin,
den Königlichen Ober-Konsistorialrat Zöllner in Berlin,
den Prediger Dapp in Schöneiche,
den Assessor Friedländer und
den Königlichen Geheimen Justizrat Möller.

Von diesen Personen übersandten dem Kammergericht Gutachten: v. Ernsthausen, v. Meyerenfeld, Dapp, Zöllner, Möller. Sämtliche Gutachten beruhten — teils ausgesprochen, teils unausgesprochen, aber unverkennbar — auf Vorstudien über die englisch-amerikanischen Verhältnisse und wurden zum Teil weit mehr durch die hierbei vorgefundenen Ideen als durch die Goldbeckschen »Grundsätze« oder gar die Leitsätze des Kammergerichts beeinflußt.

Das kammergerichtliche Sparsystem wurde von v. Meyerenfeld und von Möller ausdrücklich abgelehnt. Beide erklärten den Erfolg der Reform in Frage gestellt, wenn nicht ausreichende Geldmittel dafür zur

Verfügung gestellt würden. Beide verlangten auch die Anlegung neuer, großer Anstalten und warnten vor einer Benutzung der bisherigen Zuchthäuser zu den durch die neuen Reformideen aufgestellten Zwecken. v. Meyerenfeld machte in diesem Zusammenhang den ganz beachtlichen Vorschlag, zunächst eine Anstalt in mustergültiger Form anzulegen, hier praktische Erfahrungen zu sammeln und diese Anstalt vor allem auch zur Heranbildung eines tüchtigen Personals zu benutzen.

Die Stellungnahme der meisten Gutachter zu den Klassifizierungsgrundsätzen Goldbecks, zu der hieraus herzuleitenden Einteilung der Anstalten und zu dem Vorschlage eines progressiven Durchlaufens der letzteren war zunächst bedingt durch die Methode, nach welcher sie einzelne Klassen der Verbrecher unterscheiden wollten. Daß die Verbrecher nicht eine homogene Masse bilden, sondern nach ihrer psychischen und physischen Eigenart durchaus verschieden seien, war eine bei sämtlichen Gutachtern auftauchende Erkenntnis. Denn alle wagten sich an eine »Einteilung der Verbrecher in Klassen«, die freilich, zumeist noch unbeholfen und primitiv, nur selten an moderne Auffassungen anklingt. Letzteres ist am ehesten noch bei Zöllner der Fall, der bereits die Kategorie der Gewohnheitsverbrecher kennt und ihnen diejenigen entgegenstellt, die aus Unwissenheit, Unbesonnenheit oder Heftigkeit der Begierde gehandelt haben. Im übrigen überwiegt die schematische Einteilung in Besserungsfähige und Nicht-Besserungsfähige, oder es werden Verbrecher, die Leben und Eigentum gefährden, allen anderen Verbrechern gegenübergestellt. Das Moment der Rückfälligkeit wurde nur selten als Kennzeichen für eine besondere Gefährlichkeit oder für die Unverbesserlichkeit des Verbrechers angesehen. Die Zirkular-Verordnung vom 26. Februar 1799 hatte in dieser Hinsicht keine Schule gemacht, was wohl insbesondere auch daran lag, daß es an allen Mitteln eines polizeilichen Erkennungsdienstes fehlte, um solche Personen, die ihre Rückfälligkeit nicht selbst gestanden, oder die nicht zufällig von den Behörden als Rückfällige wiedererkannt wurden, nach dieser Richtung hin festzustellen. Gerade dies dürfte aber auch wiederum ein Grund dafür gewesen sein, daß sich die damalige Kriminalpolitik bemühte, möglichst bei jedem Straffälligen Garantien dafür zu geben, daß er nach Wiedererlangung der Freiheit als für die gemeine Sicherheit unschädlich gelten könne.

Um dies zu ermöglichen, griffen die Gutachter die leitende Idee der Goldbeckschen Grundsätze auf, indem auch sie sich für ein Progressivsystem verschiedener Anstaltsarten oder verschiedener Strafklassen innerhalb einer Anstalt entschieden. Im einzelnen gingen die Vorschläge auseinander. Auch die Frage, ob die Freiheitsentziehung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit erfolgen solle, wurde verschieden beantwortet. Während man sich einerseits allgemein oder wenigstens für bestimmte Verbrecherkategorien zugunsten der unbestimmten Ver-

urteilung aussprach, wurde andererseits eine Festsetzung der Haftdauer im richterlichen Urteil verlangt und eine Überschreitung dieser Zeit nur für den Fall zugelassen, daß eine Zurückversetzung in eine strengere Haftklasse stattgefunden hatte. Bemerkenswert ist ein Vorschlag v. Meyerenfelds, der dem als gebessert Entlassenen eine Art Probation officer beiordnen wollte, damit dieser »freundschaftlich auf seine Handlungen Acht gebe, auch ihm mit Rat und Warnung beistehe«.

Ein Einfluß der amerikanischen Reformideen zeigte sich namentlich in den Vorschlägen einzelner Gutachter über die Unterbringung und Beschäftigung der Gefangenen. Insbesondere das pennsylvanische Gesetz von 1790[60]) hatte unverkennbaren Einfluß aufzuweisen. Dieses Gesetz gab bekanntlich den Forderungen der Philadelphia Society for Alleviating the miseries of public prisons insofern nach, als es wenigstens für besonders hartnäckige Verbrecher und für solche, bei denen die Freiheitsstrafe an die Stelle der Todesstrafe getreten war, eine Unterbringung in Isolierzellen bei Tag und Nacht vorsah. Ein vollständiges Zellenhaftsystem, wie es das englische Gesetz von 1779 — freilich ohne praktischen Erfolg — auf der Grundlage der Einzelhaft[61]) angeordnet hatte, oder wie es in Gent auf der Grundlage der Gemeinschaftshaft bei Tage und der Einzelhaft bei Nacht in Gebrauch genommen war, fand im übrigen in dem amerikanischen Gesetz noch keine Anerkennung; vielmehr wurde eine nach bestimmten Gesichtspunkten vorzunehmende Klassifizierung der Gefangenen als genügend erachtet.

Ganz ähnlich verfuhren im allgemeinen die preußischen Gutachter. Auch sie begnügten sich im allgemeinen mit einer Bildung von einzelnen Gefangenengruppen nach irgendeiner, oft wenig präzisen Klassifizierungsmethode, und nur zwei von ihnen — Möller und Zöllner — näherten sich in unverkennbarer Anlehnung an das Gesetz von 1790 einem Zellenhaftsystem.

Beide verlangten, daß der neu eingelieferte Gefangene eine gewisse Zeit lang in einer Einzelzelle unterzubringen und hier vollkommen zu isolieren sei. Zöllner wollte diese Zelle während der ersten 24 Stunden sogar verdunkelt wissen. Während aber Zöllner nach Ablauf dieser 24 Stunden alsbald das Einsetzen eines strengen Arbeitsbetriebes in der Zelle forderte, hielt es Möller für angebracht, den Sträfling während der gesamten Isolierzeit ohne Zerstreuung und Arbeit zu belassen, um auf diese Weise den Trieb nach Arbeit zu wecken. Der Ablauf der Isolierzeit sollte nach beiden Gutachtern von der Führung des Sträflings abhängig sein. Zöllner wollte jedoch auf die Isolierzeit im Gegensatz zu Möller nicht sogleich eine durchgängige Gemeinschaftshaft folgen lassen,

---

[60]) Behrend S. 5/6; Kriegsmann S. 30; Krohne S. 40.
[61]) Kriegsmann S. 37; Krohne S. 62.



vielmehr sollte nach seinen Vorschlägen der Sträfling nunmehr in eine zweite Klasse der Besserungsanstalt gelangen, die er sich nach Genter Muster eingerichtet dachte: nächtliche Trennung in Einzelzellen, gemeinschaftlicher Aufenthalt im Arbeitssaal und Schweigegebot sollten die Kriterien dieser Klasse sein. Erst nach Durchlaufung auch dieser Klasse sollte der Sträfling in eine dritte und letzte Klasse ohne Isolierung von seinen Genossen und ohne Schweigegebot eintreten dürfen.

Für einen geregelten Arbeitsbetrieb setzten sich sämtliche Gutachter ein, desgleichen für eine ständige Unterweisung und Belehrung der Sträflinge durch Geistliche, Lehrer und die sonstigen Beamten der Anstalt. Gerade aber, weil hierauf besonderer Wert gelegt wurde, so verlangten sie eine sorgfältige Auswahl der Beamten, ohne die Schwierigkeiten zu verkennen, die sich gerade nach dieser Richtung hin auftaten.

3. Noch im Jahre 1801 wurde der erste Versuch einer praktischen Verwirklichung der Reformvorschläge gemacht, und zwar dadurch, daß das in Berlin vorhandene Arbeitshaus in eine Besserungsanstalt — freilich nur teilweise — umgewandelt wurde. Zeugnis davon legt das am 30. September 1801 erlassene umfangreiche Reglement für diese Anstalt ab[62]. Am Maßstabe der Goldbeckschen Grundsätze und der amtlichen Gutachten gemessen bedeutet dieses Reglement freilich einen bedauernswürdigen Rückschritt. Das zeigte sich vor allem in dem wichtigsten Punkte, nämlich bei der Frage der Klassifizierung und des Haftsystems. Das Reglement führte zwar eine Einteilung der Gefangenen in drei Klassen ein, aber es gab keinerlei Anweisung darüber, ob und wie die einzelnen Klassen voneinander getrennt werden sollten. Die Notwendigkeit einer räumlichen Trennung — die bei der unzweckmäßigen Verwendung eines alten Arbeitshauses zur Einrichtung der Besserungsanstalt offenbar von vornherein unmöglich war — wurde mit keinem Worte erwähnt; dagegen erging sich das Reglement in der diffizilsten Aufstellung von äußerlichen Unterscheidungsmerkmalen der drei Klassen bezüglich der Bekleidung, Beköstigung und Beschäftigung. So blieb die Klassifizierung eine ganz grobe und ging nur wenig über das hinaus, was früher sogar schon in einigen der alten Zuchthäuser nach dieser Richtung hin versucht worden war. Wie wenig man der in der Besserungsanstalt eingeführten Ordnung, die lediglich auf dem Reglement beruhen konnte und durch die bauliche Anlage und die innere Einrichtung in keiner Weise unterstützt wurde, zutraute, das zeigt die Vorschrift des § 22 des Reglements, die sich mit Strafandrohungen gegen denjenigen Anstaltsinsassen wandte, der sich etwa in der Anstalt dem Trunke ergeben sollte. Da außerdem das Arbeitshaus nur teilweise als Besserungsanstalt dienen, im übrigen aber weiter den Zwecken des

[62]) Geh.St.A.Berlin Rep. 97 II B Nr. 89 fol. 92 ff.

Berliner Armendirektoriums zur Verfügung stehen sollte, so liegt es auf der Hand, daß die Verschiedenheit der Zwecke, ihre Kollisionen miteinander und die bureaukratisch-schematische Regelung des gesamten Betriebes von vornherein einer auch nur bescheidenen Verwirklichung der Reformideen im Wege stehen mußten. Die Besserungsanstalt im Berliner Arbeitshause hat dann auch irgendwelche Bedeutung in der Geschichte der Gefängnisreform nicht erlangt.

Der mit dieser Besserungsanstalt gemachte Versuch verdient aber dennoch besondere Hervorhebung, weil er den Kardinalfehler der amtlichen preußischen Gefängnisreform enthüllt und erkennen läßt, warum die Gefängnisreform im damaligen Preußen zum Scheitern verurteilt war. Der preußische Staat konnte sich nicht entschließen, für die Durchführung der Reform die erforderlichen Geldmittel zu opfern, und versuchte aus diesem Grunde mit Halbheiten zu experimentieren. Die Stellungnahme des Kammergerichts, das unter kleinlichen Sparsamkeitsrücksichten die Anlegung neuer Anstalten für überflüssig erklärt und die Benutzung vorhandener Anstalten empfohlen hatte, hatte schon nichts Gutes ahnen lassen, und nicht umsonst bekämpften einige der Gutachter ausdrücklich diese Zurückhaltung mit Geldmitteln. Sie drangen damit nicht durch. Vielleicht hatte die Einrichtung von Arbeitshäusern[68]), die gegen Ende des 18. Jahrhunderts zur Bekämpfung der Landstreicherei und des Bettels in größerer Zahl angelegt wurden, bereits so große Mittel beansprucht, daß die verfügbaren Quellen des Staates erschöpft waren, als an eine Verwirklichung der Gefängnisreformbestrebungen hätte herangetreten werden müssen. Tatsache ist jedenfalls, daß die Zurückhaltung staatlicher Gelder die praktische Reform jeder Großzügigkeit, ja jeder Aussicht auf Erfolg berauben mußte. Hierbei darf freilich nicht vergessen werden, daß die politischen Wirren, die seit der Jahrhundertwende die europäischen Mächte erfüllten und auch Preußen in ihren Bann zogen, die Initiative des Staates auf dem Gebiete der Gefängnisreform gelähmt haben dürften. Der Zusammenbruch des Staates in den Napoleonischen Kriegen bereitete schließlich allen Reformbestrebungen ein Ende.

Noch eine andere Ursache scheint sich dem Gelingen der Reform vor dem Eintritt der Katastrophe des Staates hemmend in den Weg gestellt zu haben. Das war die Unklarheit, welche bezüglich der Verbindung der neu geplanten Besserungsanstalten mit den vorhandenen Strafanstalten bestand. Hatte schon Goldbeck nicht den Gedanken gehabt, einen völligen prinzipiellen Bruch mit dem unseligen System der bisherigen Strafanstalten herbeizuführen, so zeigen auch die Gutachter

---

[68]) 1791 Straußberg, 1793 Tapiau, 1797 Prenzlau, 1798 Uckermünde, 1799 Neustettin, 1800 Landsberg. v. Hippel, Die strafrechtliche Bekämpfung usw. S. 129 Anm. 2.

sämtlich die Neigung, die alten Strafanstalten beizubehalten. Wie sie sich den Zusammenhang mit den neuen Anstalten vorstellten, war nicht immer klar und eindeutig. Zöllner scheint die Idee gehabt zu haben, daß die alten Zuchthäuser gänzlich auszuschalten seien; Möller wollte sie nur als »einheimischen Deportationsort« für gänzlich Unverbesserliche verwendet wissen. Die übrigen Gutachter standen offenbar auf Goldbecks Standpunkt, der die Zuchthäuser usw. beibehielt und einen Übergang von ihnen in die Besserungsanstalten für korrektionelle Zwecke befürwortete.

Hier hätte zunächst einmal völlige Klarheit geschaffen werden müssen, am besten wohl durch eine Revision des gesetzlichen Strafensystems. Einen Ansatz dazu fand man auch in dem 1804 erschienenen »General-Plan zur allgemeinen Einführung einer besseren Criminal-Gerichts-Verfassung und zur Verbesserung der Gefängniß- und Straf-Anstalten«[64]). Hier wurden — von den Untersuchungsgefängnissen abgesehen — nur noch zwei Kategorien von Strafanstalten, die Festungen und die Straf- und Besserungsanstalten, einander gegenübergestellt. Dabei sollten aber die Festungen nur zur Aufnahme von unverbesserlichen Verbrechern dienen und daneben noch die Rolle unserer heutigen Festungshaft, freilich unter etwas anderen Gesichtspunkten, spielen. Die Straf- und Besserungsanstalten dagegen sollten die eigentlichen Anstalten zur Vollziehung der Freiheitsstrafe sein und unter Anlehnung an die Goldbeckschen Grundsätze eingerichtet werden. Aber weiter als bis zu diesem Plane sind die amtlichen Arbeiten nicht gediehen; praktisch wurden Veränderungen des Strafensystems nicht erzielt.

4. Die Erfolglosigkeit der Reformbewegung in Preußen ist um so mehr zu beklagen, als ein Blick auf ihre Geschichte gezeigt haben dürfte, daß sie bei konsequenter Durchführung einen Verlauf hätte nehmen können, durch den sie sich der englisch-amerikanischen Reform ebenbürtig hätte an die Seite stellen dürfen. Es läßt sich nicht verkennen, daß gerade das in der Ausbildung begriffene Progressivsystem, das uns bei fast allen Gutachtern entgegentrat und bei Möller und Zöllner am weitesten durchdacht worden war, im Falle seiner praktischen Verwirklichung eine bedeutende Leistung dargestellt haben würde. Die Einseitigkeit sowohl des pennsylvanischen wie des Auburnschen Systems wäre dabei vermieden worden, und dem englischen Progressivsystem hätte es zeitlich den Rang ablaufen können. Vor allem aber hätte die Folge einer energischen und großzügigen Verwirklichung jener Reformpläne die Folge haben können, daß Preußen auf Grund von praktischen Erfahrungen in eigenen Anstalten den ausländischen Ideen gegenüber

[64]) Krohne und Uber: Strafanstalten und Gefängnisse in Preußen (1901) S. XXXIX ff. Ein Originaldruck befindet sich im Besitz des Kriminalistischen Instituts der Universität Berlin.



selbständiger geworden wäre und allmählich eigene Ideen entwickelt hätte, wie sie in jenen Vorschlägen im Keime schon vorhanden waren[65]).

Über die Notwendigkeit der Heranbildung von Spezialstrafrichtern*).

Von Amtsrichter Dr. Albert Hellwig, Frankfurt a. O.

1. Bekanntlich gab es bei uns bis in das neunzehnte Jahrhundert hinein vielfach peinliche Richter, d. h. Spezialrichter für Strafsachen. Als man daranging, die Strafrechtspflege nicht mehr scharf von der Zivilrechtspflege zu sondern, wurden die Vorteile und Nachteile einer Trennung der Strafjustiz von der Ziviljustiz in der Literatur vielfach eingehend erörtert[1]).

Heutzutage besteht bekanntlich keine scharfe Trennung mehr zwischen Strafrechtspflege und Zivilrechtspflege. In den meisten Bundesstaaten ist es üblich, daß der Richter in der Regel während seiner ganzen amtlichen Laufbahn bald als Zivilrichter beschäftigt wird, bald als Strafrichter[2]). Man geht davon aus, daß es wünschenswert sei, Richter zu haben, welche auf beiden Gebieten imstande seien, Tüchtiges zu leisten. Verhältnismäßig selten kommt es vor, daß jedenfalls jüngere Richter länger als zwei bis drei Jahre als Vorsitzender eines Schöffengerichts oder als Beisitzer in einer Strafkammer tätig sind. Häufiger schon ist es, daß der Untersuchungsrichter längere Jahre auf seinem Posten bleibt. Man hofft durch den häufigen Wechsel zu vermeiden, daß die Richter einseitig werden. Da im allgemeinen der Jurist von heute, wenn auch vielleicht nicht mehr in dem gleichen Unfang wie noch vor wenigen Jahren, sich hauptsächlich für die formal-

---

65) Josef Kohler, dem des Manuskript vorlag, schrieb dazu folgende Bemerkung: »Auch dieses zeigt, wie wenig das vielgerühmte friderizianische und nachfriderizianische Preußen im 18. Jahrh. imstande war, die wichtigsten Kulturaufgaben zu erfüllen. — Kohler.«

*) Der Aufsatz ist so, wie er hier abgedruckt ist, noch im Felde, vor etwa zwei Jahren, geschrieben worden.

1) Vgl. C. H. G. Merkel, »Die Vorteile einer von der Civiljustiz getrennten Criminalrechtspflege« (Halle 1817); Roß, »Über die Verbindung oder Trennung der Civil- und Criminalgerichtsbarkeit (Hudtwalckers und Trummers criminalistische Beiträge Bd. 2 Heft 1 Abh. 4 S. 163 ff.); Tittmann, »Über die Verbindung der Civil- und Criminalrechtspflege« (Dresden 1817); Hurlebusch in seinen Bemerkungen vermischten Inhalts, Heft 1 S. 37; v. Schelhaaß im »Magazin des kgl. bayrischen Staats- und Privatrechts« Bd. 1 Heft 1 u. 2, Heft 3 u. 11. — Alle diese Schriften sind mir nur dem Titel nach bekannt. Auf der Königlichen Bibliothek in Berlin, wo ich sie mir vor dem Kriege zu verschaffen gesucht habe sind sie nicht vorhanden.

2) Vgl. die näheren Angaben bei Kade, »Der deutsche Richter«, 2. Aufl. Berlin 1910.

juristischen Probleme, für das Zivilrecht, interessiert, ist es den meisten Richtern auch nur angenehm, wenn sie nicht allzu lange an die strafrichterliche Tätigkeit gefesselt werden.

Nur dort, wo es sich in ganz besonderem Maße als zweckmäßig herausgestellt hat, Richter, die ihrer schwierigen Aufgabe voll gewachsen sind, mit strafrichterlicher Tätigkeit zu betrauen, geht man immer mehr dazu über, die richterliche Tätigkeit nach der Richtung hin zu spezialisieren, daß man tüchtige Strafrichter möglichst lange auf ihrem Posten zu erhalten trachtet.

Zwar kann man sich für diese Tendenz nicht darauf berufen, daß seit Jahren durch die Geschäftsverteilung in der Besetzung der einzelnen Senate des Reichgerichts Spezialstrafrichter geschaffen seien, denn gerade beim Reichsgericht kommt das Charakteristische der strafrichterlichen Tätigkeit, nämlich die Schwierigkeit der Tatsachenfeststellung, nicht in Betracht. Dagegen können wir uns nicht nur darauf berufen, daß Untersuchungsrichter länger in ihrem Amt bleiben, sondern auch darauf daß man zur Ausübung der Strafrechtspflege über jugendliche Personen besondere Stellen für Jugendrichter geschaffen hat, und daß man mit Recht davon ausgeht, daß auch der beste Zivilrichter, ja nicht einmal jeder beliebige erfahrene Strafrichter ohne weiteres imstande sei, ein tüchtiger Jugendrichter zu sein, daß vielmehr besondere Anlagen und besondere Kenntnisse erforderlich seien, um diese Tätigkeit segensreich ausüben zu können. Als Parallele für diese Spezialisierung in Strafsachen sei auch noch darauf verwiesen, daß jedenfalls in einigen Bundesstaaten die Staatsanwälte der Hauptsache nach sich ihr ganzes Leben lang nur mit Strafsachen befassen, und daß auch unter den Anwälten die Herausbildung eines berufsmäßigen Verteidigertums Fortschritte zu machen scheint.

In einem interessanten Aufsatz ist einer der Vorläufer von Hans Groß, der Heidelberger Strafrechtslehrer von Jagemann, vor bald 80 Jahren für eine Trennung der Strafrichter von den Zivilrichtern eingetreten, allerdings mit einer Begründung, die jedenfalls heute als ausschlaggebend nicht mehr erscheinen kann. Er meint nämlich, es sei keine Frage, daß diese beiden Zweige der Justiz sich nicht immer gut vertragen, da die Strafrechtspflege nur mit Energie und Raschheit, die Zivilrechtspflege dagegen nur mit Besonnenheit und mit genauester Förmlichkeit gepflegt werden könne: »Würden sich auch die Geschäfte ohne Anstand vereinigen lassen, so bleibt doch unbestreitbar, daß die erforderlichen Charaktereigenschaften selten in einem und demselben Individuum vereinigt sein würden[3]).«

---

[3]) v. Jagemann, »Über die Mittel zur Unterdrückung der Mißbräuche der Untersuchungsbeamten, mit besonderer Rücksicht auf den 50. Titel des Badischen Strafgesetzentwurfs« (Karlsruhe 1839), S. 53.

Wenn auch nicht zu leugnen ist, daß in der Tat strafrichterliche Tätigkeit andere Charaktereigenschaften erfordert als zivilrichterliche Tätigkeit, daß insbesondere Mangel an Entschlußfähigkeit für den Strafrichter noch verhängnisvoller ist als für den Zivilrichter, so erscheint es doch als zweifelhaft, ob man von diesem Gesichtspunkte aus eine Trennung der Strafrechtspflege von der Zivilrechtspflege verlangen kann.

Der Grund, weshalb in den letzten Jahren der alte Streit über Trennung oder Vereinigung beider richterlichen Tätigkeiten wieder aufgelebt ist, ist auch ein anderer. Die Entwickelung der kriminalistischen Hilfswissenschaften in den letzten Jahrzehnten hat es nämlich mit sich gebracht, daß normalerweise nicht ein und derselbe Richter in dem Zivilrecht und seinen Hilfswissenschaften ebensogut geschult sein kann, wie im Strafrecht und dessen Hilfswissenschaften. Je mehr die große Bedeutung der Kriminalwissenschaft auch für die Strafrechtspflege offenbar wird, desto größere Anforderungen in der Ausbildung in der Kriminalwissenschaft müssen auch an den Strafrichter gestellt werden. Man hat nun, und meines Erachtens mit Recht, gemeint, daß Zeit und Kraft des einzelnen nicht ausreichend seien, um sich nicht nur die eingehenden Kenntnisse in der Kriminalwissenschaft anzueignen und dauernd zu vervollkommnen, sondern auch das Zivilrecht und alles, was damit zusammenhängt, in gleicher Weise zu beherrschen.

2. Gegen den Ruf nach Schaffung besonderer Strafrichter hat sich lebhafter Widerspruch erhoben. Es will mir allerdings scheinen, als rühre dieser Widerstand zum guten Teil davon her, daß das Streben nach einer Spezialisierung teilweise zu weit gegangen ist.

Die positive Schule[4]) hat bekanntlich in ihrer extremen Richtung zu einer völligen Negierung des Strafrechts geführt, damit in konsequenter Weise die Forderung verbunden, die Strafrechtspflege im hergebrachten Sinne vollkommen zu beseitigen und an Stelle der Strafrichter Verwaltungsbeamte zu setzen, die mehr Ärzte und Sozialpolitiker als Richter sein sollten[5]). Von diesem Standpunkt aus kam man also dazu,

---

[4]) »Pour toute une école l'école moderne ou positiviste, la magistrature criminelle doit être spéciale, séparée complètement de l'autre magistrature, n'ayant rien de commun avec elle, parce que le procès pénal doit être débarassé de la casuistique juridique qui l'encombre, de tous les expédients de procédure qui le dénaturent actuellement. Le fait imputé à l'agent établi, la discussion entre la défense et l'accusation doit se réduire à cette unique question: à quelle catégorie de délinquants appartient l'accusé, est-il un criminel-né? un fou? un criminel d'habitude? d'occasion? Le magistrat répressif doit donc être un expert, un médecin!« (Roux, »La spécialisation de la magistrature criminelle«.) (»Rev. pénitentiaire et de droit pénal« 35 S. 795.)

[5]) Interessant ist, daß schon La Mettrie es als wünschenswert bezeichnet hat, »daß nur hervorragende Ärzte Richter wären, sie allein könnten den schuldlosen

für die Strafrichter, wenn wir diese Bezeichnung beibehalten wollen, eine ganz andersartige Ausbildung zu verlangen, als sie unseren heutigen Richtern, auch soweit sie in der Kriminalwissenschaft gründlich geschult werden, zuteil wird.

Von diesem Standpunkt aus fordert beispielsweise Garofalo die Trennung der Strafrechtspflege von der Zivilrechtspflege mit folgender Begründung:

»En demandant l'abolition du jury criminel, nous ne voulons plus qú'on en revienne à des juristes dont l'éducation scientifique est composée principalement des maximes du Digeste, connaissances très appréciables en matière civile, mais qui sont à peu près superflues lorsqú'il s'agit de juger et de classer des criminels. Les juges actuels sont peut-être, parmi tous les fonctionnaires du gouvernement, les moins aptes à ce travail. Accoutumés par le genre de leurs études à faire abstraction de l'homme, ils ne s'occupent que de formules. Car le droit est complètement indifférent à tout ce qui regarde le physique et le moral des individus; la bonté ou la méchanceté d'un créancier ne saurait avoir la moindre influence sur la validité de sa créance. Ce caractère strictement juridique est très éloigné de la science pénale, qui a pour but de lutter contre une infirmité sociale, le délit. Les points de contact sont rares entre les deux branches, qui sont pour nous deux sciences tout à fait différentes. Pourquoi donc se servirait-on des mêmes fonctionnaires dans deux service publics essentiellement étrangers l'un à l'autre? Le membre d'un tribunal civil appelé à juger en matière pénale, garde toutes ses habitudes; ce n'est pas l'individu qui attire son attention; c'est la définition légale du fait qui le préoccupe. Il ne pense qu'à l'intérêt de la loi, l'intérêt social lui échappe. L'opération qu'il exécute pour infliger la peine est presque mécanique. C'est de l'arithmétique qu'il se sert. Il dénombre les circonstances, les additionne ou les soustrait les unes des autres, et applique au résultat le tarif qu'il trouve tout prêt; celui du code, trop général, à été détaillé parée qu'on appelle la jurisprudence d'un tribunal, un moyen fort commode pour éviter l'ennui d'examiner et d'évaluer en soi chaque nouveau fait. Enfin, le juge oublie facilement que la peine qu'il infligera doit, avant tout, servir à quelque chose; qu'on atteint l'utilité par des moyens divers selon les individus et que, partant, c'est précissément l'examen des individus qui doit déterminer l'espèce et la mesure de la peine.«

»Le renouvellement scientifique invoqué par nous, et qui consiste principalement dans la classification des criminels au point de vue psychologique, entraîne naturellement une distinction encore plus fondamentale entre les deux carrières de juges civils et de juges criminels.«

Verbrecher vom schuldigen unterscheiden«. v. Hentig, »La Mettrie als Kriminalanthropologe« (Archiv für Kriminalanthropologie Bd. 51), S. 57.

»Les connaissances que ces dernières devraient posséder surtout, sont celles de la statistique, l'étude des systèmes pénitentiaires, de l'anthropologie et de la psychologie des criminels. Ils devraient donc former un ordre de fonctionnaires entièrement séparés des juges civils. Car l'analogie entre ces deux fonctions n'est qu'apparente et superficielle et ce n'est pas d'une pareille extériorité qu'il faut se servir pour déterminer le vrai caractère d'une fonction[6]).«

Von gleichen Ideen beeinflußt ist auch eine sonst ganz interessante Gedanken enthaltende Programmschrift von Wagner, die vor einem Jahrzehnt erschienen ist. Hier heißt es, die Streitgerichtsbarkeit, die Schlichtung von Rechtsstreitigkeiten habe nichts gemein mit dem Wesen der Strafgerichtsbarkeit, der Verbrecherbehandlung; beides seien grundverschiedene Angelegenheiten. Die Trennung vom Strafgerichtswesen und Streitgerichtswesen sei die notwendige Voraussetzung der Justizgesundung. Die Verquickung dieser völlig verschiedenen Aufgaben des Strafrichters und des Streitrichters habe schädlich wirken müssen, besonders schädlich auf die Strafgerichtsbarkeit, weil sie an Umfang der Streitgerichtsbarkeit nachstehe, und weil auf diese die Ausbildung der Richter allein zugeschnitten sei. Der Streitrichter gewöhne sich von den Personen ganz abzusehen, ihn gehe nur der Sachverhalt des Streitfalles etwas an. Der Strafrichter dagegen müsse vor allem die Persönlichkeit ansehen: »Die Strafgerichtsbarkeit darf keine Binde vor den Augen tragen, wie die Streitgerichtsbarkeit es muß.« Der Strafrichter sei Menschenforscher, sei praktischer Verbrecherbehandler; der Streitrichter sei theoretischer Regelsucher und Regelausleger, er sei Forscher sachlicher Vorgänge: »Wer Interesse am Einen hat, wird nicht immer auch lebendiges Interesse an der anderen Arbeit nehmen. Wer zu einem taugt, wird selten zum anderen taugen. Wer sich in eine Aufgabe einarbeitet, wird selten auch Meister der anderen sein. Denn allumfassende Genies sind selten.« Ein gutes Strafrichtertum setze die Fähigheit voraus, die Physis des Verbrechers zu verstehen, besonders seine Psyche zu erkennen, seinen Charakter zu erforschen und die Gefahren zu erkennen, die aus dem Wesen des Verbrechers der sozialen Gemeinschaft erwachsen.

«Der Strafrichter muß ein tüchtiger Menschenforscher sein, der auf Grund seiner Forschungen jedem Verbrecher die für ihn geeignete Behandlungsmethode festsetzt. Solches Können von dem Strafrichter verlangen heißt Laien und Juristen für ungeeignet zum Strafrichtertum zu erklären. Weder Laien noch Juristen, sondern Kriminalfachmänner als Strafrichter, als berufsmäßige Strafrichter.

Nicht weil die Richter der Strafkammern beamtete, berufsmäßige Richter sind, haben sie kein Vertrauen heute im Volk, sondern weil

[6]) Garofalo, »La criminologie«, 4 éd. Paris 1895. S. 395 ff.

sie rein formalistisch juristisch gebildete und formalistisch urteilende Richter sind, die bei ihrer Urteilssprechung weder an die Verbrecherpersönlichkeit und ihre Behandlung noch an das soziale Interesse, noch an einen Strafzweck denken. Nicht weil die Richter der Schwurgerichte Dilettanten sind, vertraut das Volk ihnen mehr als den Berufsrichtern, sondern weil sie sich bei ihrem Urteil nach der Persönlichkeit der Verbrecher richten.«

Der ideale Strafrichter dürfe kein gelegentlich den Richter spielender Laie sein; der ideale Strafrichter dürfe aber auch kein einseitig gebildeter Jurist sein. Der ideale Strafrichter sei der fachmäßig geschulte Kriminalist. Nicht Rechtswissenschaft dürfe der Strafrichter studieren, sondern Kriminologie müsse er treiben; Kriminologie sei aber nur zum kleinsten Teil ein Gesetzesstudium. Das kriminalistische Studium umfasse das Studium der psychologischen und sozialen Ursachen des Verbrechertums sowie die Lehre von der Verbrecherbehandlung, wozu auch Strafrecht und Strafprozeßrecht gehören. Nur wer in drei- bis vierjährigem Studium sich derart vorbereitet habe, besitze die theoretischen Grundlagen zu einem tüchtigen Strafrichter. Die praktische Ausbildung müsse eine allgemeine Lebenserfahrung geben und eine Spezialfachausbildung durch Tätigkeit bei Polizei, Staatsanwaltschaft, Verteidiger, Strafgericht, Strafanstalt und noch außerdem in der außerkriminellen sozialen Praxis [7]).

So dankenswert es auch ist, daß Wagner auf die Ausbildung des Strafrichters in den kriminalistischen Hilfswissenschaften so großes Gewicht legt, so kann doch von einer derart völligen Trennung der Strafrechtspflege von der Zivilrechtspflege so lange keine Rede sein, als man an dem Strafrecht im heutigen Sinne noch festhält. Auch in Zukunft wird der Strafrichter auf zivilrechtliche Kenntnisse, wie sie ihm Studium und Vorbereitungszeit vermitteln, nicht verzichten können, wenn anders er seiner Aufgabe gerecht werden soll.

Zu weit geht es auch, wenn Guttmann nur für den Ersten Staatsanwalt eine juristische Vorbildung verlangt und meint, den größten Teil der ermittelnden, verwaltenden und berichtenden Aufgaben der Staatsanwaltschaft könnten auch Nichtjuristen sachgemäß erledigen. Auf keinem Gebiete würden so unnütz wertvolle juristische Kräfte verbraucht wie auf diesem. Nur der Erste Staatsanwalt brauche Richterfähigkeiten zu besitzen, im übrigen könne das Bedürfnis entscheiden [8]). Zu weit geht es auch nach anderer Richtung wiederum, wenn derselbe Gewährsmann die Spezialisierung so weit treiben will, daß er einheitliche

---

[7]) Wagner, »Justizgesundung. Eine Programmschrift über Gerichtsorganisation, Trennung der Straf- und Streitgerichte, Gesetzessystematik, Verbrecherbehandlung und Richterstudium« (Hannover 1908), S. 8 ff., 84 ff.

[8]) Guttmann, »Unmittelbarkeit und freie Beweiswürdigung sind die Zukunft unserer Gerichtsverfassung« (Mannheim 1907), S. 201 f.



Handelsstrafgerichte einrichten will, da die Bankerottprozesse in neuerer Zeit, die zum Teil bei ganz kleinen Landgerichten geschwebt hätten, gezeigt hätten, daß für solche Fälle Spezialjuristen nötig seien[9]).

3. In welchem Sinne von uns die Trennung der Strafrechtspflege von der Zivilrechtspflege verlangt wird, kann man am besten sehen, wenn man die Ausführungen von Landgerichtsrat von Pfister und von Reichsgerichtsrat a. D. von Lippmann, zwischen denen vor knapp einem Jahrzehnt diese Frage zuerst wieder erörtert worden ist, etwas eingehender widergibt.

Pfister hat in seinem Aufsatz folgendes ausgeführt: Zunächst müsse zwar die Ausbildung sämtlicher Juristen eine gemeinschaftliche sein, dann aber habe eine Trennung einzutreten: die einen würden Zivilrichter, die anderen Strafrichter, Staatsanwälte und Amtsanwälte. Hierdurch werde keine Einseitigkeit bewirkt, sondern vielmehr eine Förderung und Vervollkommnung der Leistungen. Neben dieser allgemeinen Erwägung sprächen für eine Trennung der Zivil- und Strafjustiz die steigende Bewertung, die man dem Studium menschlicher, geistiger und seelischer Zustände zuteil werden lasse, einem Studium, das in der Strafrechtspflege zweifellos besser praktisch verwertet werden könne als in der Zivilrechtspflege: »Nur derjenige wird ein guter Strafrichter oder Staatsanwalt sein, der die Fähigkeit und Veranlagung besitzt, in das Geistes-, Gemüts- und Seelenleben der einzelnen Menschen in seiner Verschiedenartigkeit Einblick zu gewinnen und hiernach unter Umständen eine wechselnde Behandlung eintreten zu lassen, soweit dies im Rahmen der Gesetze möglich und angängig ist.« Die Heranziehung von Laien als Strafrichter sei verkehrt, weil die in der Gesetzeskenntnis wurzelnden Grundlagen fehlen. Auch manchem Berufsjuristen fehle bei allem sonstigen Scharfsinn die Gabe unterscheidender Menschenkenntnis, so daß er für die Strafrechtspflege nicht besonders geeignet erscheine. Auch für die Ziviljustiz werde sich das als Mangel geltend machen, aber doch nicht in dem gleichen Umfange: »Es ist nachteilig, wenn Richter und Staatsanwalt ohne besondere Würdigung ihrer Fähigkeiten und Neigungen schablonenhaft zwischen Ziviljustiz und Strafjustiz wechseln oder wechseln sollen, wenn sogar eine direkte Abneigung, die namentlich bei vielen gegenüber dem Strafrecht besteht, nicht berücksichtigt wird. . . . Für die gute Ausübung des Amtes ist der Wechsel zwischen Zivil- und Strafjustiz meist nicht förderlich, sondern nachteilig.« Die Erfordernisse und die Veranlagung für das Zivil- und Strafrichteramt seien verschieden, es sei widerspruchsvoll, wenn man dies nicht anerkenne, wohl aber die Bildung von Sondergerichten, wie der Kaufmanns-, Gewerbe- und der Jugendgerichte, billigen wolle. In Hessen habe man der Eigenart und Bedeutung des Strafwesens, das

[9]) Guttmann, S. 180.

ein eingehendes Studium erfordere, zweckmäßigerweise teilweise dadurch Rechnung getragen, daß man die praktische Ausbildung von jungen Juristen in der Gefängnisverwaltung zulasse. Dies sei ein bemerkenswerter Ansatz in der Würdigung eines Gebietes, dessen richtige oder unrichtige Behandlung auch weitgreifende soziale Folgeerscheinungen nach sich ziehen müsse [10]).

Gegen die von Pfister erhobene Forderung einer Trennung der Strafjustiz von der Ziviljustiz hat Lippmann in sehr eingehenden Ausführungen polemisiert. Er führt im wesentlichen folgendes aus:

Das Festhalten an einem Berufszweig würde von einer großen Anzahl von Richtern zweifellos als ein die Berufsfreudigkeit lähmender Zwang empfunden werden. Immerhin müsse sich die persönliche Neigung unterwerfen, wenn in der Tat durch das Opfer eine wesentliche Förderung der Rechtspflege erzielt werde. Dies sei aber nicht der Fall. Der Strafrichter müsse sich vor allem im Vollbesitz seines juristischen Rüstzeugs erhalten; dazu gehöre aber unbedingt auch die Vertrautheit mit dem Zivilrecht: »Das Studium der Gesetze allein vermag nie die lebendige Anschauung von der Bedeutung, dem Eingriff und der Wirkung der Gesetze zu gewähren, die aus ihrer Wirksamkeit in der praktischen Betätigung zu gewinnen ist. Sich auf den beiden Gebieten der Rechtsprechung auf der Höhe zu erhalten, ist allerdings nicht mühelos. Der Wechsel in der Verwendung erleichtert aber die Aufgabe. Der ständige Ausschluß der Strafrichter von der Zivilrechtspflege würde sie allmählich auf ihrem eigensten Gebiete der Rechtspflege ‚weltfremd' machen. Denn mehr und mehr würde eine der wesentlichsten Unterlagen einer verständnisvollen förderlichen Rechtsprechung, die Vertrautlichkeit mit dem Zivilrecht, ausscheiden.« Deshalb sei reger Wechsel in der Beschäftigung in der Zivilrechtspflege und in der Strafrechtspflege erforderlich; dies gelte auch für Staatsanwälte. Auch seitens sehr tüchtiger Juristen, die für die staatsanwaltschaftliche Laufbahn keine Neigung hätten, herrsche vielfach die Neigung für die Zivilrechtspflege vor. Mancher, der lange mit der Strafrechtspflege beschäftigt gewesen sei, sehne sich nach dem Dienste in der Zivilrechtspflege. Gerade wer eine tiefe Empfindung für die schweren Folgen der Strafaussprüche habe, lasse gern das rächende Schwert der Gerechtigkeit wieder aus der Hand. »Richtig ist, daß in der Strafrechtspflege die Individualität des Menschen eine eingreifendere Rolle spielt als in der Zivilrechtspflege. Insbesondere tritt dies auf dem Gebiete der Strafzumessung zutage. Auf dem Gebiete der Psychologie einschließlich der Erforschung der Wechselbeziehungen psychologischer und somatischer Vorgänge tritt in neuerer Zeit in der Strafrechtsliteratur mitunter die Forderung höherer Bewertung

---

[10]) v. Pfister, »Trennung der Zivil- und Strafjustiz« (DJZ. 1908 Sp. 1255 ff.; vgl. dazu auch noch »Monatsschrift f. Kriminalpsychologie« Bd. 6 S. 129 ff.

der Ergebnisse der Forschungen und Erfahrungen mit einem Nachdruck auf, als ob der Strafrechtspflege der Vergangenheit dieses Gebiet vollständig verschlossen gewesen wäre.... Die Wichtigkeit der Kenntnis und der Erfahrung auf diesem Gebiete sowie die Empfänglichkeit des Strafrichters für die Berücksichtigung der Individualität der Menschen soll nicht verkannt werden.« Der Möglichkeit einer Vertiefung der Erfahrung durch langjährige Tätigkeit in der Strafrechtspflege stehe immerhin die Gefahr der Abstumpfung infolge der Einseitigkeit der Tätigkeit gegenüber.

Die Kenntnis der Beeinflussung menschlicher Handlungen durch besondere seelische oder geistige Zustände sei aber keine ausschließliche Domäne der Strafrechtswissenschaft und der Strafrechtspflege. Gemäß der Höhe des allgemeinen Bildungsstandes sei sie bis zu einem gewissen Grade Gemeingut. Wo die Zweifel begönnen, bedürfe es ohnedies der Beobachtung durch Psychiater und deren Beirats[11]).

In mehreren Aufsätzen habe ich[12]) die Anregung Pfisters aufgegriffen, sie nach verschiedenen Seiten hin näher zu begründen versucht und die Einwendungen Lippmanns als nicht stichhaltig zu erweisen gesucht. Auch Sturm, der anfangs ein gewisses Bedenken gegen die geforderte Spezialisierung hatte[13]), hat, als er sich erst näher mit der Frage beschäftigt, mehrfach warm für die vorgeschlagene Trennung Stellung genommen[14]). In Frankreich ist diese Frage eingehend erörtert worden im Jahre 1911 in einer Sitzung der französischen Gefängnisgesellschaft im Anschluß an einen Vortrag, den Roux über diese Frage gehalten hat[15]).

Da auch noch von verschiedenen anderen Seiten zu vereinzelten Punkten der Frage für und wider Stellung genommen ist, und da kürzlich erst der bisherige Herausgeber des »Archivs für Kriminologie«, Horch, bei einer Besprechung eines Aufsatzes von Sturm in scharfer Weise sich gegen die angestrebte Spezialisierung ausgesprochen hat[16]), soll in folgendem der Versuch gemacht werden, zum erstenmal die von beiden Parteien vorgebrachten Gründe in systematischer Weise zusammenzustellen und ihr Gewicht gegeneinander abzuwägen. Das Ergebnis, zu

---

[11]) Lippmann, »Trennung der Zivil- und Strafjustiz« (DJZ. 1909 Sp. 172 ff.).

[12]) Hellwig, »Strafrichter und Strafrechtspflege« (Z. f. ges. StrW. 33 S. 45 f.); »Strafrichter und Strafrechtsreform« (Archiv f. Krim. 42 S. 357 f.); »Zur Frage der Spezialausbildung der Richter« (Monatsschrift f. Krim. XI S. 113 ff.); »Moderne Strafrichter« (»Das Wissen für Alle«, Wien 1911, S. 225); »Kriminaltechnik« (»Die Geisteswissenschaften« Jhg. 1 S. 664).

[13]) Sturm, »Die juristische Beweislehre« (Archiv f. Krim. 51 S. 120).

[14]) Sturm, »Trennung von Zivil- und Strafjustiz« (»Der Gerichtssaal« 84 S. 247 ff.); »Über Trennung der Justizgewalten« (Z. f. ges. StrW. 38 S. 501 ff.).

[15]) Roux, »La spécialisation de la magistrature criminelle« (Revue pénitentiaire 35 S. 788 ff.); Erörterung des Vortrages ebendort S. 799 ff.

[16]) Horch im Archiv f. Krim. 69 S. 147 ff.

dem man bei einer unbefangenen Betrachtung des Problems meiner Ansicht nach wird kommen müssen, sei vorweggenommen: Die Spezialisierung in der Strafrechtspflege ist nach Möglichkeit anzustreben, da sie zwar auch Nachteile mit sich bringt, die mit Sicherheit zu erwartenden Vorteile aber von weit größerer Bedeutung sind.

4. Folgende Gründe sprechen dafür, besondere Strafrichter heranzubilden:

a) Entscheidend ist meines Erachtens vor allem der Gesichtspunkt, daß nur dann, wenn eine solche Scheidung vorgenommen wird, die unbedingt erforderliche Spezialausbildung der Organe der Strafrechtspflege in der Kriminalwissenschaft gewährleistet werden kann[17]). Die forensische Psychologie kommt zwar auch der Zivilrichter tagtäglich in die Lage zu verwerten. Tatsache ist allerdings, daß unsere Zivilrichter, und gerade diejenigen, die sich zu der Zivilrechtspflege besonders hingezogen fühlen, in der forensischen Psychologie meist weniger Erfahrung haben als der Strafrichter, und daß sie auch meistens weniger Interesse dafür haben. Dies hängt einmal wohl mit der Gestaltung des Zivilprozesses zusammen, der die Richterpersönlichkeit viel mehr einschränkt als der Strafprozeß, sehr wesentlich aber wohl auch damit, daß zu der Zivilrechtspflege sich gerade diejenigen Juristen hingezogen fühlen, welche für die formaljuristische Entscheidung von Rechtsfragen besonderes Interesse haben, weniger dagegen sich für die psychologischen und überhaupt naturwissenschaftlich interessanten Lösungen von Tatfragen interessieren. Von der forensischen Psychologie abgesehen, hat der Zivilrichter aber kaum jemals Gelegenheit, seine etwaigen Kenntnisse in den kriminalistischen Hilfswissenschaften zu verwerten, von einigen Gebieten der Kriminaltechnik vielleicht abgesehen. Man kann daher unmöglich allen Juristen zumuten, daß sie sich eingehend mit den kriminalistischen Hilfswissenschaften befassen. Wohl kann man von ihnen verlangen, daß sie sich über die Grundzüge der Kriminalwissenschaft orientieren, auch dann, wenn sie sich später nicht der Strafrechtspflege widmen wollen; denn so viel wissenschaftliches Interesse muß ein jeder Jurist auch für das Strafrecht und seine Hilfswissenschaften haben, daß er über die wesentlichen Grundzüge orientiert ist. Zu weit aber würde es gehen,

[17]) Hierauf habe ich in allen meinen Arbeiten mit Nachdruck hingewiesen. Auch Pfister a. a. O. betont schon diesen Gesichtspunkt. Vgl. auch Roux a. a. O. S. 800. Ferner schon die Bemerkungen Garrauds: »Avec l'unité de personnel, la préparation spéciale des magistrats criminalistes, si désirable et si nécessaire, devient difficile. Les seuls magistrats de l'organisme actuel, plus particulièrement destinés à l'application de la loi pénale sont les magistrats du parquet et les juges d'instruction« (Garraud, »Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale«, Bd. 2, Paris 1909, S. 293 Anm. 13).

wenn man von jedem Richter eine Spezialausbildung in den kriminalistischen Hilfswissenschaften verlangen würde. Wohl aber kann und muß man sie von denjenigen Juristen verlangen, die an einflußreicher Stelle in der Strafrechtspflege tätig sind. Da nur durch ein eingehendes Studium diese Kenntnisse erlangt werden können, können solche Posten daher nur Spezialstrafrichtern anvertraut werden. Man kann es den Zivilrichtern nicht zumuten, sich über die Kriminalwissenschaft mehr als oberflächlich zu orientieren. Will der Zivilrichter aber erst dann an das eingehende Studium dieser Hilfswissenschaften herangehen, wenn er ihrer bedarf, so wird es fast immer zu spät sein, da die kriminalistischen Hilfswissenschaften nicht nur schon heute ein Forschungsgebiet von großer Ausdehnung bilden, sondern auch fast tagtäglich neue Ergebnisse zeitigen. Nur wer auf ihre Aneignung ein längeres methodisches Studium verwendet und sich außerdem über die neuen Fortschritte auf dem laufenden hält, wird imstande sein, sich die für den Strafrichter erforderliche Gewandtheit in diesen Hilfsdisziplinen, die nicht selten von ausschlaggebender Bedeutung für den Ausgang einer Sache sind, zu verschaffen.

Sturm hat mit Recht auch darauf hingewiesen, daß bei der Strafrechtspflege in weit geringerem Umfange als bei der Zivilrechtspflege Rechtsfragen eine entscheidende Rolle spielen, daß vielmehr bei den Strafprozessen die Sache in der Regel entschieden sei, jedenfalls nach der Seite der Schuldfrage, sobald die Tatfrage gelöst sei: »Die Praxis lehrt uns täglich, daß wir dort uns fast nur mit den Fragen nach Beweis, Schuld, Strafmaß beschäftigen. In den selteneren Fällen, wo eine gesetzliche Frage auftaucht, wird sie heute von dem Richter aus Gewohnheit an seine zivilrichterliche Tätigkeit sowie aus Angst vor der Revision mit einem direkt komischen Eifer erörtert, der ihr im Vergleich zur Wichtigkeit der anderen Gebiete gar nicht zukommt [18]. In den eigentlichen Strafsachen bildet die Gesetzesauslegung nur selten den Kernpunkt des Prozesses [19].«

Sobald man sich auf den Standpunkt stellt, daß eine Ausbildung der Organe der Strafrechtspflege in der Kriminalwissenschaft nötig ist, muß man sich meines Erachtens auch unbedingt für die geforderte Heranbildung von Spezialstrafrichtern und damit für die Trennung der Strafrechtspflege von der Zivilrechtspflege aussprechen, auch dann, wenn man nicht verkennt, daß eine Reihe von Gründen dagegen sprechen.

b) Für die vorgeschlagene Spezialisierung spricht ferner, daß es dann jedenfalls besser als bisher möglich ist, daß die Strafrichter durch dauernde Berührung mit der Praxis die Bedürfnisse der Strafrechtspflege kennen lernen [20]. Es ist nämlich

[18]) Das halte ich für eine Übertreibung.
[19]) Sturm, »Über Trennung . .«, a. a. O. S. 504 f.
[20]) Vgl. auch Sello, »Die Hauprozesse und ihre Lehren« (Berlin 1918), S. 122.

doch zweierlei, ob der Kriminalist nur theoretisch bewandert ist, oder ob er auch durch ständige Übung in der Praxis Gelegenheit hat, seine praktischen Kenntnisse anzuwenden. Die erforderliche rechtliche Schulung würden sich die Strafrichter allerdings auch dann erhalten können, wenn sie zwischendurch in der Zivilrechtspflege einige Jahre beschäftigt würden; denn einmal sind die besonderen Rechtskenntnisse, deren der Strafrichter bedarf, nicht so umfassend, daß man auch nach mehrjährigem Fernbleiben von strafrichterlicher Praxis nicht imstande wäre, sie sich bald im vollen Umfange wieder anzueignen, und zweitens ist die Beschäftigung als Zivilrichter auch geeignet, die juristischen Fähigkeiten, die beim Strafrecht in ganz gleicher Weise wie beim Zivilrecht beansprucht werden, zu unterstützen. Wohl aber ist eine ständige Berührung mit der Praxis für den Strafrichter deswegen erforderlich, weil er nur dann imstande ist, die Tatfrage und die Straffrage einwandfrei zu lösen.

Vor drei Jahrzehnten hat anläßlich mehrerer damals Aufsehen erregender Prozesse in Berlin ein unbekannter Verfasser, der aber offenbar mit den einschlägigen Verhältnissen gut vertraut war, die Bemerkung gemacht, daß in Berlin — und das gilt natürlich auch für andere Zentralpunkte des modernen Lebens, die Schauplatz großer Verbrechen sind — nur besonders erfahrene Richter in Strafsachen tätig sein müßten[21]). Wenn man den gewerbsmäßigen Verbrechern, die aus der Begehung von Verbrechen großen Stils einen Beruf gemacht haben, und die nach Möglichkeit alle modernen Hilfsmittel verwenden, um ihre Straftaten unter möglichst geringer Gefahr der Entdeckung zu begehen, wirksam entgegentreten will, so muß man auch dafür sorgen, daß die mit ihrer Bekämpfung betrauten Organe der Strafrechtspflege gleichfalls Spezialisten sind, welche in ständiger Ausübung ihres Berufs ihre Kenntnisse immer mehr erweitern und einen immer besseren Einblick in die Verhältnisse, die sie abzuurteilen haben, gewinnen.

Man hat in den letzten Jahrzehnten mit Recht darauf hingewiesen, daß die Rechtsprechung einen ständigen Hang zu zunehmender Milde zeige[22]). Wenn es nun auch übertrieben wäre, diese zunehmende Milde der Verurteilungen einzig und allein oder auch nur hauptsächlich darauf zurückzuführen, daß Laien als Strafrichter mitwirken, und daß die Berufsrichter infolge ihres ständigen Wechsels zwischen strafrichterlicher und zivilrichterlicher Tätigkeit nicht die erforderliche Erfahrung haben, um die Bedeutung des Strafurteils bei der sachgemäßen Bekämpfung des Verbrechens richtig würdigen zu können, so will es mir doch scheinen, als sei doch auch dies mit einer der Gründe der er-

[21]) Ω. Σ. »Die Verbrecherwelt von Berlin«, 3. verb. Ausgabe. Berlin u. Leipzig 1886, S. 227 ff.

[22]) Ich verweise nur auf v. Mayr, »Statistik und Gesellschaftslehre«, Bd. III Tübingen 1917, S. 910.

wähnten Erscheinung. Zwar wird auch ein Spezialstrafrichter, der ständig in der Strafrechtspflege tätig ist, keineswegs nun, wie man das gemeint hat — wir werden später darauf zurückkommen —, ein verknöcherter Jurist werden und zu schablonenmäßiger Strenge neigen, wohl aber wird er sich vor dem entgegengesetzten Fehler, der unterschiedslosen übergroßen Milde, zu hüten wissen. Gegen unverbesserliche Schwerverbrecher kommt man nur aus, wenn man die gesetzlich zulässigen Bekämpfungsmethoden — sie sind zurzeit leider noch nicht wirksam genug — auch unbarmherzig zur Anwendung bringt, ohne sich durch Gefühlsduseleien beeinflussen zu lassen [23]). Ebenso wie der Laie meistens nur den Schaden einer ungerechten Verurteilung einsieht, den ungeheuren Schaden aber, den auch ungerechte Freisprechungen anrichten [24]), nicht richtig einzuschätzen weiß, ebenso wird auch der ungeschulte Berufsrichter meist davor zurückschrecken, scharf zuzupacken, auch dort, wo dies angebracht ist.

c) Ein weiterer Grund zu der Spezialisierung liegt in der Beschränktheit menschlicher Arbeitskraft und Aufnahmefähigkeit. Selbstverständlich wird niemand in Abrede stellen, daß es sehr erwünscht wäre, wenn wir Richter imstande wären, sowohl das Zivilrecht als auch das Strafrecht samt allen ihren Hilfsdisziplinen theoretisch und praktisch vollkommen zu beherrschen und jeder einzelne von uns ein ebenso guter Strafrichter wie Zivilrichter wäre. Wenn wir aber unsere Augen vor der Wirklichkeit nicht verschließen und uns und andere auf Herz und Nieren daraufhin prüfen, ob diese ideale Anforderung auch tatsächlich erfüllt ist, so werden wir, glaube ich, doch zu dem Ergebnis kommen müssen, daß es doch wohl nur wenigen besonders glücklich veranlagten Naturen möglich sein wird, diesen Anforderungen gerecht zu werden. Kennzeichnend ist schon, daß nur wenige Richter ebenso gern Strafrichter sind wie Zivilrichter: die einen ziehen es vor, in der Zivilrechtspflege tätig zu sein, die anderen — sie sind nach meiner Erfahrung sehr in der Minderheit — sind lieber in der Strafrechtspflege tätig.

Man darf nicht vergessen, daß neben den gemeinsamen doch auch ganz verschiedenartige Anlagen oder Fähigkeiten für den Strafrichter und für den Zivilrichter erforderlich sind, und daß selbst die Charakter-

[23]) Sternberg, »Das Verbrechen in Kultur und Seelenleben der Menschheit« (Berlin 1912), S. 62 Anm. 82, sagt mit Recht: »der Richter erlebt den ganzen Jammer mit und muß verurteilen. Er darf sich nicht durch ein billiges Mitleid der Pflicht entziehen; er muß den Hieb — seinen heißen andringenden Gefühlen zum Trotz zu verurteilen — hinnehmen und darf nicht zucken. Denn der Richter ist nicht der Versorger der unglücklichen Komparenten. Er darf seine soziale Funktion nicht vergessen, deren schwere Bürde es ist, dem Individuum Härte erzeigen zu müssen.«

[24]) Vgl. Hellwig, »Justizirrtümer« (Minden i. W. 1918), S. 10 f.



anlage, die für einen guten Strafrichter erforderlich ist, nicht die gleiche ist, wie sie für einen brauchbaren Zivilrichter nötig ist. Gerade auf die aus der Verschiedenartigkeit der Tätigkeiten sich ergebenden Momente für eine Trennung beider Berufe habe ich schon wiederholt mit Nachdruck hingewiesen. Da der Strafrichter auf Schritt und Tritt beinahe auch zivilrechtlicher Kenntnisse bedarf, kann man es als Regel hinstellen, daß meistens ein Strafrichter besser imstande sein wird, auch in der Zivilrechtspflege Brauchbares zu leisten, als ein nicht spezialistisch ausgebildeter Zivilrichter in der Strafrechtspflege. Man bedenkt in der Regel zu wenig, daß nicht nur das Strafrecht, sondern auch das Zivilrecht Hilfswissenschaften hat, mit denen sich derjenige Richter, der Ersprießliches leisten will, befassen muß[25]). Die Arbeitskraft eines einzelnen reicht aber nicht aus, beide Materien gründlich zu beherrschen und sich in ihnen ständig auf dem laufenden zu halten, noch dazu unter den gegenwärtigen Verhältnissen, wo gerade die Richter in den großen Kulturzentren meistens so überlastet sind, daß sie für ihre Fortbildung die sowieso knapp bemessene Erholungszeit verwenden müssen. Man wird nicht in beiden Materien vollkommen, wenn man ständig zwischen zivilrichterlicher und strafrichterlicher Tätigkeit abwechselt, sondern leistet in beiden Fächern nur Unvollkommenes; den zu stellenden Anforderungen kann man nur dann gerecht werden, wenn man sich auf eins der beiden Fächer beschränkt.

d) Während bei der Zivilrechtspflege die reine juristische Tätigkeit, die Lösung von Rechtsfragen, die Hauptschwierigkeit bildet, ist bei den Prozessen, mit denen sich der Strafrichter zu befassen hat, in der Regel die Lösung von Rechtsfragen jedenfalls im Verhältnis zu den Schwierigkeiten, welche Tatfrage und Straffrage bilden, unerheblich. Darauf hat auch neuerdings mit ganz besonderem Nachdruck Sturm hingewiesen:

»Das Beweisverfahren ist im Strafrecht viel wichtiger, da es hier eine umfangreichere und schwierigere Rolle spielt. Es liegt dies zum kleinen Teil an dem geschilderten zeitlichen Verhältnis zwischen Beweiswürdigung und Gesetzesauslegung, insofern, als diese nicht von vornherein den Beweis auf ein enges Gebiet einschränkt. Mehr ist es darauf zurückzuführen, daß im Strafrecht viel verwickeltere tatsächliche Vorgänge zu erforschen sind. Feststellungen im einzelnen, wie wir sie beispielsweise bei einer umfangreichen Schlägerei zu treffen haben, finden sich im Zivilrecht selten; das gleiche gilt von der Frage der Personenidentität, die so häufig den Kern- und Angelpunkt des ganzen Strafprozesses bildet. Vor allem ist aber die Beweisschöpfung deshalb im Strafrecht schwieriger, weil im Gegensatz zu den Zivilrechtsakten die meisten strafbaren Handlungen heimlich begangen werden.

[25]) Man lese beispielsweise Zacharias, »Über Persönlichkeit, Aufgaben und Ausbildung des Richters« (Berlin 1912).



Namentlich aus diesem Grunde finden wir auch im Strafrecht Beweismittel, die im Zivilrecht kaum in Betracht kommen; so vor allem die rein naturwissenschaftlichen der Schädelmessung, Blutstropfenuntersuchung, Fußspurerforschung. Und auch das reguläre Beweismittel, die Zeugen, bietet hier größere Schwierigkeiten; und zwar einmal, weil sie meist einem tieferen Bildungsstand angehören, der nicht nur ihre Wahrnehmungs- und Ausdrucksweise ungünstig beeinflußt, sondern auch speziell in dem Bildungsunterschied von dem Richter ein Verständnis erschwert. Ferner treibt der Gegenstand der Vernehmung im Strafrecht die Zeugen weit leichter zur Lüge und erregt auch in ihnen schneller Wahrnehmung und Erinnerung trübende Leidenschaften [26]).«

Richtig ist es, wenn Sturm sagt, die Geschicklichkeit des Zivilrichters konzentriere sich vornehmlich in der Gesetzesauslegung, die des Strafrichters in richtiger Beweisschöpfung. Nicht beistimmen kann man ihm aber, wenn er dann fortfährt, es sei verkehrt, wenn im Strafrecht durch das Rechtsmittel der Revision der Gesetzesauslegung formell die größte Bedeutung beigelegt sei. Die strafrichterliche Revision sei nicht nur geeignet, den Strafrichter über die Wichtigkeit seiner Beweistätigkeit irrezuführen, sondern sie könne ihm sogar in dem Bestreben, revisionssichere Beweise zu erlangen, zu verkehrter Beweisschöpfung bringen [27]).

Solange wir auf dem Standpunkt unseres heutigen Strafrechts stehen, daß nur derjenige ein Verbrecher im Sinne des Gesetzes ist, der auch nach geltendem Recht strafbare Handlungen begangen hat, so lange ist auch die Rechtsfrage für den Richter von genau der gleichen Bedeutung wie die Tatfrage und die Straffrage. Nur wenn alle drei Fragen richtig gelöst sind, kann auch der Richterspruch dem konkreten Fall gerecht werden. In bezug auf Beurteilung von Tatfragen und von Straffragen kann es keine einheitlichen Gesichtspunkte geben, deren Berücksichtigung im ganzen Deutschen Reiche durch eine Zentralinstanz kontrolliert werden könnte. Infolgedessen ist eine Rivisionsinstanz, die sich auch auf die Tatfrage und die Straffrage bezieht, nicht denkbar. Wohl aber ist eine derartige einheitliche Kontrollinstanz für die Rechtsfrage möglich und, wie ich glaube, auch erwünscht. Wir müssen uns vor einer Unterschätzung der Rechtsfrage ebensosehr hüten wie unsere Gegner vor einer Unterschätzung der Tatfrage und der Straffrage. Insofern hat Horch recht, wenn er gegen obige Ausführung von Sturm polemisiert [28]). Er schießt aber weit über das Ziel hinaus, wenn er sich zu der Bemerkung

---

26) Sturm, »Über Trennung . .«, a. a. O. S. 502 f.

27) Sturm a. a. O. S. 503.

28) Horch a. a. O. S. 148; Kahn bei Roux S. 817 weist darauf hin, daß der Strafrichter zivilrechtliche und strafrechtliche Kenntnisse haben müsse, daß dies aber nicht genüge: »Il faut . . . aussi (la connaissance) de l'âme humaine, puisqu'il doit surtout juger la valeur de celui qui est devant lui.«

versteigt, in den weitaus meisten Fällen, die nicht gerade »schablonenmäßig heruntergehaspelt« würden, bilde gerade die Gesetzesauslegung auch im Strafverfahren die eigentliche wissenschaftliche Tätigkeit, die sonst wirklich »gerade so gut von Gevatter Schneider und Handschuhmacher« ausgeübt werden könne [29]). Er übersieht dabei nicht nur, daß die kriminalistischen Hilfswissenschaften, denen doch gerade auch das damals von ihm herausgegebene Archiv gewidmet ist, zu ihrer Beherrschung fleißige wissenschaftliche Tätigkeit erfordern, und daß die Lösung der Tatfrage und der Straffrage, wie man gerade in den letzten Jahrzehnten gelernt hat, auch ein hohes Maß von wissenschaftlicher Schulung erfordern, wenn auch einer Schulung anderer Art als der rechtlichen Schulung, sondern auch, daß in der Tat wissenschaftliche Aufgaben dieser Art von dem Strafrichter weit häufiger zu leisten sind als rein rechtswissenschaftliche Aufgaben [30]).

e) Endlich kann man zugunsten der Spezialisierung noch darauf hinweisen, daß jedenfalls eine längere Beschäftigunng mit dem rein formalistischen Zivilprozeß für den Strafrichter nicht förderlich sei, ja geradezu schädlich wirken könne. Die formalistische Gesetzesfrage, die bei dem Zivilprozeß die Entscheidung bestimme, werde von Richtern, die längere Zeit als Zivilrichter tätig gewesen seien, gar zu leicht auch bei Strafverhandlungen in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt, während sie in der Regel hier nur praktisch untergeordnete Bedeutung habe. Die Besonderheit der Strafrechtspflege, bei der es weniger auf formelle Gesetzesauslegung ankomme als auf konkrete Beweisermittlung und Tatsachenfeststellung, auf moralische Persönlichkeitsbeurteilung und auf individuelle Strafabmessungen, werde dadurch unwillkürlich gar zu leicht in den Hintergrund geschoben.

»Auch in dem materiellen Urteile sind im Strafrecht die tatsächlichen Zustände weit mehr zu beachten als im Zivilrecht. Vor allem ist dort die Person nicht im entferntesten so gleichgültig wie im Zivilrecht. Es ist eine der vielen unzulässigen Übertragungen der Eigenheiten des Zivilrechts auf das Strafrecht, daß nach herrschender Anschauung auch hier die Justitia mit blinden Augen ohne Ansehen der Person richten soll. Dieser Grundsatz ist schon für das Zivilrecht nicht mehr uneingeschränkt richtig. Im Strafrecht kann der Grundsatz aber nur in

---

[29]) Nach Gennat, »Das Strafsystem und seine Reform« (Hamburg 1905) S. 12 Anm. 2 bekämpft schon Treu, »Strafjustiz, Strafvollzug und Deportation«, S. 5 ff., das Vorurteil »des stolzen Zivilpraktikers«, nach dem sein Kollege von der Strafjustiz kaum etwas mehr sei als »ein besserer Handwerker«. Es ist traurig, daß man heute noch darüber überhaupt ein Wort verlieren muß.

[30]) Vgl. dazu Hellwig, »Über die wissenschaftliche Tätigkeit des Strafrichters« in der Z. f. ges. Str.W.; vgl. auch schon Hellwig, »Moderne Strafrichter«, a. a. O. S. 224.

dem selbstverständlichen Sinne gelten, daß der Richter keine Parteilichkeit für die Person haben soll. Ansehen soll er sich die Person dagegen unter Abnahme der Binde sehr genau. Dies wird um so mehr erforderlich sein, je mehr der moderne Grundsatz: »Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen« zur Geltung kommt, es weniger auf Konstruktion der Tat als Charakterisierung des Täters ankommt[31]).«

5. Eine ganze Reihe von Gründen hat man angeführt, um darzutun, daß die angestrebte Trennung der Zivilrechtspflege von der Strafrechtspflege unvorteilhaft sei.

a) Zunächst hat man darauf hingewiesen, daß diese Trennung einen Nachteil für die Zivilrechtspflege bedeute.

So hat Sturm in der ersten Arbeit, in der er, wenn auch nur nebenbei, zu diesem Problem Stellung genommen hat, darauf hingewiesen, daß es sehr wünschenswert sei, daß die Eigenheiten, die sich in der Strafrechtspflege entwickelt hätten, namentlich in der Beweislehre, nunmehr auch auf die Zivilrechtspflege ausgedehnt würden. Dies wurde aber durch eine dauernde Trennung beider Arten der richterlichen Tätigkeit erschwert. Der Ruf nach Trennung der Zivil- und Strafrechtspflege sei »darum vielleicht aus diesem Grunde noch bedenklich«[32]). Später hat Sturm dieses Bedenken als ausschlaggebend nicht mehr anerkannt[33]).

Gewiß ist es richtig, daß der Strafrichter im allgemeinen besser imstande sein wird, die Tatfrage zu lösen, schon deshalb, weil er mehr Gelegenheit gehabt hat, sich mit schwierigen Tatfragen zu befassen, und weil er öfter Gelegenheit gehabt hat, zu bemerken, daß auch unter Eid vielfach gutgläubig falsche Aussagen gemacht werden. Für die Zivilrechtspflege ist es insofern allerdings gegenwärtig von Nutzen, daß die Strafrichter auch zivilrichterliche Tätigkeit ausüben und dadurch allmählich dazu beitragen, daß die Fortschritte der forensischen Psychologie auch in den Zivilprozessen immer mehr gewürdigt werden. Diese erfreuliche Wirkung des ständigen Wechsels von Zivil- und Strafrichtern würde verschwinden, wenn eine Trennung beider Ämter durchgeführt würde. Verkehrt ist es aber, wenn man daraus den Schluß zieht, daß aus diesem Grunde die angeregte Reform zu unterbleiben habe. Dies ist schon um deswillen verkehrt, weil weit überwiegende Gründe für ihre Durchführung sprechen. Wenn für die Zivilrechtspflege aus der

---

31) Sturm, loc. cit.; Sturm, »Trennung von Zivil- und Strafjustiz«, a. a. O. S. 249 f.; Reichel, »Über forensische Psychologie« (München 1910), S. 25, bemerkt, bei den Zivilisten werde der Beweis als Stück formaler Logik angesehen; dies werde von Strafrechtsjuristen, die lange als Zivilrichter tätig gewesen seien, leicht auf die Strafrechtspraxis übertragen. Roux S. 792.

32) Sturm, »Die juristische Beweislehre«, a. a. O. S. 120. — Ferner Guttmann a. a. O. S. 54 f.

33) Sturm, »Über Trennung . .«, a. a. O. S. 505.

für die Strafrechtspflege nützlichen Trennung notwendige Nachteile entstehen, so muß man eben dafür sorgen, daß diese Nachteile nach Möglichkeit wieder ausgeglichen werden. Und das ist gerade hier sehr leicht möglich; man braucht nur zu fordern, daß alle Juristen, also auch die künftigen Zivilrichter, in der forensischen Psychologie geschult werden. Das ist in der Tat eine Forderung, die man von vielen Seiten schon erhoben hat, und auf deren Erfüllung man im Interesse unserer Rechtspflege auch auf jeden Fall bestehen muß, ganz gleichgültig, ob eine Trennung der Strafrechtspflege von der Zivilrechtspflege eintritt oder nicht.

Noch weniger maßgebend kann ein Gesichtspunkt sein, den Cauvière anführt. Er meint nämlich, daß die Einrichtung besonderer Strafrichter dem Ansehen der Zivilrichter schaden werde[34]). Ich weiß nicht, ob in Frankreich die Strafrichter sich eines so besonders höheren Ansehens erfreuen als die Zivilrichter; bei uns ist dies jedenfalls kaum der Fall, wenngleich ein in größeren Schwurgerichtsprozessen den Vorsitz führender Landgerichtsdirektor weiteren Kreisen eher bekannt wird als ein Zivilrichter, der vielleicht ebenso schwierige Aufgaben bewältigen muß. Ob dies ein Vorzug oder ein Nachteil für die Strafrechtspflege ist, mag dahingestellt bleiben — Tatsache ist jedenfalls, daß viele Richter gerade auch wegen der größeren Anteilnahme des Publikums an den Strafverhandlungen ungern sich strafrichterlicher Tätigkeit widmen[35]) —, auf keinen Fall aber kann ein derartiges rein äußerliches Moment irgendwie mit ins Gewicht fallen, wenn es gilt, Fragen zu beantworten, die von solcher Bedeutung für eine sachlich gute Rechtspflege sind wie die vorliegenden.

b) Vielfach hat man gegen die vorgeschlagene Trennung geltend gemacht, sie sei nicht angängig, weil der Strafrichter zivilistisch geschult sein müsse. Man hat mit Nachdruck hervorgehoben, daß auch der Strafrichter keineswegs lediglich mit strafrechtlichen Kenntnissen auskomme, daß er vielmehr nicht selten sehr eingehender und gründlicher zivilrichterlicher Kenntnisse bedürfe, um die ihm zur Entscheidung vorgelegten Rechtsfragen lösen zu können. So hat beispielsweise Reichel in einem Aufsatz gesagt, es sei wiederholt die Forderung aufgestellt worden, auch die Juristen sollten sich spezialisieren, insbesondere sollten Ziviljustiz und Strafjustiz von Anfang an ihre eigenen Wege gehen. Schon im Ausbildungsstadium solle sich der junge Jurist für diese oder jene entscheiden; der übliche Wechsel zwischen straf- und zivilrichterlichen Stellungen solle aufhören. Diese zum Teil allerdings berechtigte Forderung schieße in ihrer Stricktheit und Schroffheit weit über das Ziel hinaus. Des weiteren weist Reichel

---

[34]) Cauvière bei Roux, a. a. O. S. 801.

[35]) Vgl. z. B. Hellwig, »Strafrichter und Strafrechtspflege«, a. a. O. S. 40 f.

an der Hand praktischer Fälle darauf hin, daß auch dem Zivilrichter ein gewisses Maß strafrichterlicher Schulung unentbehrlich sei, und daß noch wichtiger für den Strafrichter und den Staatsanwalt eine auszeichende zivilistische Schulung sei [86]).

Auch Heimberger hat in dem für die Generalversammlung der internationalen kriminalistischen Vereinigung zu Kopenhagen erstatteten Bericht über die Frage der Ausbildung in den Hilfswissenschaften des Strafrechts die These aufgestellt, daß abzulehnen sei der Gedanke, daß die Ausbildung der Kriminaljuristen von vornherein von jener der Zivil-juristen zu trennen sei; beide bedürften vielmehr derselben allgemeinen juristischen Bildung, die Spezialausbildung der Juristen in den Hilfswissenschaften des Strafrechts solle in der Regel erst nach Abschluß der Universitätsstudien stattfinden. Zur Begründung dieser These hat Heimberger folgendes ausgeführt:

Man habe schon den Gedanken ausgesprochen, es liege im Interesse der Strafrechtspflege, ihren Organen eine reine strafrechtliche Ausbildung zu vermitteln. Man solle von Anfang an die Ausbildung der Zivil-juristen und der Kriminaljuristen trennen; dann würden die Kriminal-juristen von allem zivilrechtlichen Balast befreit, und es werde möglich sein, ihnen eine sehr gründliche Schulung in den strafrechtlichen Hauptfächern wie in allen Hilfswissenschaften angedeihen zu lassen. Dieser Gedanke sei aber durchaus verfehlt, und zwar aus verschiedenen Gründen; zunächst spielten in das Strafrecht eine Menge zivilrechtlicher Fragen hinein, die ohne Kenntnis des bürgerlichen Rechtes gar nicht entschieden werden können; auch biete dem Kriminaljuristen die Ausbildung im bürgerlichen Recht eine juristische Schulung, die ihm bei Auslegung und Anwendung des Strafgesetzes unentbehrlich sei. Außerdem hätte eine ausschließlich kriminalistische Ausbildung wie jedes ausgeprägte Spezialistentum notwendig eine bedauerliche Einseitigkeit im Gefolge. Es käme dem Kriminalisten der Blick für die großen Zusammenhänge des Rechtslebens abhanden. Auch die medizinischen Spezialisten bauten doch auf einer gemeinsamen Grundlage auf. Keiner von ihnen bilde sich von vornherein zum Chirurgen oder zum Psychiater sondern erwerbe sich zuerst eine allgemeine medizinische Bildung. Ebenso müsse man an der allgemeinen juristischen Schulung aller Juristen festhalten [87]).

Diesen Ausführungen muß man vollkommen beipflichten; sie sprechen aber keineswegs gegen eine Trennung der Strafrechtspflege von der Zivilrechtspflege in der Art, wie wir sie vorschlagen, sondern wenden

---

[86]) Reichel, »Strafrichterliche Schulung des Zivilrichters und umgekehrt« (Archiv f. Krim. Bd. 54), S. 141 ff.

[87]) Heimberger, »Die Ausbildung in den Hilfswissenschaften des Strafrechtes« (Mitteilungen der J. K. V., XX. S. 238 ff.); Kahn bei Roux a. a. O. S. 817; Lippmann, S. 174.

sich nur gegen ganz extreme Forderungen, die jedenfalls bei uns in den letzten zehn Jahren kaum vertreten sind. Wer der Ansicht ist, daß der Strafrichter der Zukunft nicht mehr Richter im eigentlichen Sinne des Wortes sein soll, daß er vielmehr die Aufgabe habe, das Verbrechen zu erforschen und durch geeignete vorbeugende und bekämpfende Maßnahmen die zweckmäßigsten Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens anzuwenden, der mag allerdings wohl auf eingehende strafrechtliche oder gar zivilrechtliche Kenntnisse bei dem Strafrichter verzichten können[38]). Wer aber dieser extremen Anschauung nicht huldigt, sondern meint, daß auch in Zunkunft der Richter an die Gesetze gebunden sein müsse, und daß er nur durch gründliche Ausbildung in den kriminalistischen Hilfswissenschaften in den Stand gesetzt werden müsse, die Tatsache und die Straffrage sachgemäßer zu lösen, für den ist es selbstverständlich, daß auch künftig der Richter über strafrechtliche, zivilrechtliche und verwaltungsrechtliche Kenntnisse verfügen muß. Ein Richter, der rechtlich nicht gründlich geschult ist, wird auch bei eingehenden Kenntnissen in der Kriminalwissenschaft ebensowenig Befriedigendes leisten können als ein zwar Rechtskenntnisse besitzender, gediegener Kenntnisse in den kriminalistischen Hilfswissenschaften aber entbehrender Richter. Der eine wird die Rechtsfrage nicht einwandfrei beantworten können, der andere nicht die Tatfrage und die Straffrage. Befriedigend ist das Ergebnis richterlicher Tätigkeit aber nur dann, wenn alle drei Fragen einwandfrei beantwortet werden.

Sowohl auf der Universität als auch während der praktischen Vorbereitungszeit wird das Hauptgewicht auf das Zivilrecht gelegt, sodaß der junge Assessor im Zivilrecht im allgemeinen weit besser geschult ist als im Strafrecht. Die rein theoretischen Kenntnisse, die man sich auf der Universität erwirbt, können allerdings nicht einen genügenden Einblick in das wirkliche Rechtsleben gewähren. Es würde daher wohl für den Strafrichter nicht genügen, wenn man nur verlangen wollte, daß er während seiner Studienzeit dieselbe Vorbildung erhalte wie der Zivilrichter. Auch die praktische Ausbildungszeit muß beiden vielmehr gemeinsam sein, was meines Erachtens allerdings nicht ausschließt, kleine Unterschiede zu machen, beispielsweise den sich speziell für das Strafrecht und seine Hilfsdisziplinen interessierenden Referendaren zu gestatten, einen bestimmten Teil ihrer Ausbildungszeit auch bei Polizeibehörden und bei Gefängnisverwaltungen zuzubringen[39]). Auch dann wird der Referendar doch genügend auch im Zivilrecht in der Praxis geschult werden. Ich persönlich bin der Meinung, daß diese praktische Schulung im Zivilrecht für den Strafrichter genügen wird; will man

---

[38]) So etwa Wagner a. a. O.

[39]) In Sachsen können Referendare zur Ausbildung auch im Gefängnisdienst beschäftigt werden. Vgl. Kade, »Der deutsche Richter« (2. Aufl. Berlin 1910).

ein übriges tun, so möge man noch bestimmen, daß der künftige Strafrichter während seiner Assessorenjahre auch als Zivilrichter beim Amtsgericht oder als Beisitzer in einer Zivilkammer längere Zeit tätig zu sein habe, daß also die endgültige Spezialisierung erst mit erfolgter Anstellung als Richter einzutreten habe.

Zu weit geht es dagegen meines Erachtens, wenn man meint, selbst diese praktische Schulung sei noch nicht ausreichend, vielmehr sei es unbedingt erforderlich, daß der Strafrichter auch in späteren Jahren noch von Zeit zu Zeit wieder in der Zivilrechtspflege tätig sei. Gewiß ist richtig, daß das fein entwickelte und überaus weite Gebiet des Zivilrechts einem Praktiker, der lange Jahre nur als Strafrichter tätig gewesen ist, nicht immer im vollen Umfange geläufig sein kann; möglich ist auch, daß diese mangelnde zivilistische Schulung in dem einen oder anderen Straffall nachteilig sein kann; derartige Ausnahmefälle können aber nicht Anlaß sein für die Forderung, daß der Strafrichter ab und zu einige Jahre auch wieder in der Zivilrechtspflege tätig zu sein habe. Daß die zivilistische Schulung, die sich der spätere Strafrichter als Student, als Referendar und als Assessor erworben hat, im allgemeinen durchaus ausreicht, um ihn zu der einwandfreien Lösung der Rechtsfrage zu befähigen, dürfte nicht bestritten werden können; ein Richter, der dazu nicht imstande ist, der wäre überhaupt nicht zum Richter tauglich.

c) Auf anderem Gebiet liegt die Behauptung, die strafrichterliche Tätigkeit sei für Juristen auf die Dauer nicht interessant genug. Dieses Argument ist beispielsweise von Lippmann[40]) vorgebracht worden. Aber auch alle diejenigen, die, wie etwa Horch, die Tätigkeit der Strafrechtspflege nur als etwas »Handwerksmäßiges« ansehen, müssen zu demselben Urteil kommen. In der Tat hat man nicht selten auf die auch unter Juristen ziemlich verbreitete Geringschätzung des Strafrechts und der Tätigkeit in ihr in der Literatur hingewiesen. So sagt beispielsweise Hauck[41]), das Strafrecht werde als geringwertiger angesehen als das Zivilrecht, man sage, daß das Strafrecht mit seinen typisch wiederkehrenden Fällen für das juristische Denken nichts Interessantes bieten könne. Diese Ansicht beruhe aber auf einer vollkommenen Verkennung des Strafrechts überhaupt und der strafrichterlichen Tätigkeit. Auch ein so erfahrener Praktiker wie Lucas[42]) weist auf den »ziemlich weitverbreiten« Wunsch hin, der besonders unter jüngeren und strebsamen Praktikern bestehe, möglichst bald aus der strafrichterlichen Tätigkeit hinauszukommen in die Wirksamkeit des Zivilrichters hinein. Vom »rein juristischen« Standpunkt aus sei dieser Wunsch nicht unbegreiflich; denn es lasse sich nicht in Abrede stellen,

---

[40]) Lippmann, S. 173.

[41]) Hauck, »Die Geringschätzung des Strafrechts« (DJZ. 1910), Sp. 796.

[42]) Lucas, »Anleitung zur strafrechtlichen Praxis«, Bd. I (Berlin 1902) S. 403 f.

daß das umfassendere, vielseitiger ausgebildete und vor allem auch an Zweifelsfragen reichere bürgerliche Recht dem lediglich juristischen Scharfsinn ein günstigeres Bild zur Ausbildung und Betätigung darbiete. Auch werde ein solches Bestreben dem unabweisbaren Bedürfnis, genug Richter zu besitzen, welche in beiden Satteln gerecht seien, entgegenkommen: »Darum möge sich aber niemand in der strafrichterlichen Tätigkeit unbefriedigt fühlen oder sie gar, wie es mitunter vorkommt, auch hinsichtlich ihrer Wichtigkeit derjenigen des Ziviljuristen nachsetzen. Auch das Strafrecht ist einschließlich der erläuternden Rechtsprechung heutzutage kompliziert genug, um juristische lösenswerte Aufgaben in Fülle zu bieten. Das Maß, in welchem es hierin hinter dem bürgerlichen Recht zurückbleibt, gleicht es wieder aus durch die Anforderungen, welche es in anderer Hinsicht an seine Jünger stellt, nämlich in Hinsicht auf Menschenkenntnis, Lebenserfahrung, Festigkeit des Urteils und Willens, Mäßigung und zuletzt Menschenfreundlichkeit, ohne welche sich ein guter Strafrichter nicht denken läßt; Eigenschaften, die zwar ein guter Zivilrichter ebenfalls besitzen muß, welche aber vermöge der grundliegenden Unterschiede im Prozesse der erstere mehr zu betätigen Gelegenheit als der letztere. Und was die Wichtigkeit der Tätigkeit betrifft, so wird der dem Strafrichter obliegende rechtliche Schutz der Gesellschaft gegen das Verbrechen immer zu den vornehmsten Aufgaben der Staaten gehören, von deren gerechter und energischer Handhabung unendlich viel für das allgemeine Wohl abhängt[48]«).

Daß es zahlreiche Juristen gibt, denen strafrichterliche Tätigkeit nicht interessant genug ist, und die ungern auch nur einige Jahre Strafrichter sind, und denen daher die Strafrechtspflege erst recht nicht interessant sein würde, um sich ihr ihr ganzes Leben lang zu widmen, ist unbestreitbar. Dabei muß man aber einmal berücksichtigen, daß es auch heute schon genug Juristen gibt, denen die strafrichterliche Tätigkeit zum mindesten ebenso interessant ist wie die zivilrechtliche, gerade weil es bei ihr in der Hauptsache auf die Lösung schwieriger Tatfragen und Straffragen ankommt, weniger auf die Lösung von verwickelten Rechtsfragen — wenngleich auch diese keineswegs fehlen —, sowie ferner, daß bei der schematischen unwissenschaftlichen Ausübung der Strafrechtspflege diese allerdings nicht allzuviel Interesse erwecken kann, daß sich dies aber ändert, sobald die kriminalistischen Hilfswissenschaften als unerläßlich für die Ausübung der strafrichterlichen Tätigkeit anerkannt sind. Es ist mit Sicherheit anzunehmen, daß auch gar mancher von denen, der heute der Strafrechtspflege weniger Verständnis und Interesse entgegenbringt, sich zu ihr ganz anders stellen würde, wenn er die eigentlichen Schwierigkeiten bei der Strafrechtspflege erkennen,

[48]) Vgl. auch Sturm, »Trennung von . .«, S. 249; Über Trennung . .«, S. 505 Poittevin und Kahn bei Roux S. 806, 816 f.

und wenn er infolge seiner Vorbildung auch imstande sein würde, ihrer Herr zu werden. Sicherlich bleiben auch dann noch zahlreiche Juristen übrig, die auch dann lieber Zivilrichter sind als Strafrichter; alle diejenigen nämlich, welche nur Juristen im eigentlichen formalen Sinne sind, das heißt diejenigen, die nur für die Lösung von schwierigen Rechtsfragen interessiert sind, werden auch dann, wenn sie noch so gründlich in der Kriminalwissenschaft ausgebildet würden, noch kein Interesse an der Strafrechtspflege gewinnen können, würden jedenfalls die zivilrichterliche Tätigkeit als juristisch interessanter vorziehen. Das schadet aber auch gar nichts, ist vielmehr ganz gut so; denn nicht nur besonders tüchtige Strafrichter sind uns not, sondern nicht minder auch hervorragende Zivilrichter. Die Hauptsache ist, daß es eine genügende Anzahl von Juristen gibt, die sich ganz besonders für die Aufgaben der Strafrechtspflege interessieren, und die gern gerade ihr ihre ganze Arbeitskraft widmen würden. Daß es an solchen Männern nicht fehlen wird, daran habe ich keinen Zweifel. Da ein Zwang auf den einzelnen, ständiger Strafrichter zu werden, nicht ausgeübt werden soll — das wäre auch jedenfalls das Verkehrteste, was man machen könnte —, so ist der aus der Uninteressiertheit vieler Juristen an dem Strafrecht hergeleitete Grund gegen die vorgeschlagene Trennung nicht durchgreifend.

d) Von größerer Bedeutung ist der Einwand, die ständige strafrichterliche Tätigkeit stumpfe allmählich ab. So sagt Horch[44]), bei Durchführung der vorgeschlagenen Trennung der Strafrechtspflege von der Zivilrechtspflege werde die Verknöcherung des strafrechtlichen Elements, über die jetzt schon in dreijährigem Turnus mitunter geklagt werde, rapid zunehmen. Eine schematische Aburteilung, eine allmähliche Erstarrung in der Anwendung für richtig erkannter Grundsätze, namentlich unter der Leitung der unseligen temperamentvollen Vorsitzenden, werde zu unerträglichen Zuständen auf dem Gebiete der Strafrechtspflege führen. Wenn man die angeblichen Vorzüge des Laienrichters vor den Berufsrichtern aufzählt, dann pflegt man niemals auch die Lobpreisung des angeblichen großen Interesses zu vergessen, welches die Laienrichter im Gegensatz zu den Berufsrichtern den einzelnen Fällen entgegenbringen sollen, weil sie nicht durch ständige gleichförmige Tätigkeit abgestumpft seien wie die Berufsrichter, für welche die Angeklagten nur noch Nummern seien. Die Erfahrung mit Laienrichtern, die ich vor dem Kriege gemacht habe, lassen dieses »warme

---

[44]) Horch, S. 148 f. Vgl. auch Lippmann, S. 175. Vgl. auch Leloir bei Roux, S. 809: »Je suis convaincu que le retour en quelque sorte automat que dans les chambres correctionnelles de magistrats plus habituellement voués au jugement des causes civiles est une garantie fort utile pour les prévenus. Ces magistrats apportent dans le jugement des questions de fait la nouveauté, et, si j'ose dire, la fraicheur d'impression qui, dans une autre enceinte, est le mérite capital, le seul peut-être, hélas! de l'élément laïque.«

Interesse« des Laienrichters an den einzelnen Fällen allerdings als kaum allzu groß erscheinen; denn die erste Frage, mit der mich meine Schöffen fast ausnahmslos zu begrüßen pflegten, war die Frage, ob die Sitzung lange dauern werde, und der Wunsch, daß sie recht bald beendet sei. Wenn man eine Umfrage unter den Laienrichtern veranstalten würde, ob sie gerne als Schöffen oder Geschworene tätig sind, so dürfte das Ergebnis für die Befürworter einer noch weiteren Ausdehnung der Laienrechtsprechung kaum ermutigend sein. Doch das nur nebenbei.

Es soll nicht in Abrede gestellt werden, daß ein gewisser berechtigter Kern diesem Einwande zugrunde liegt. Es ist eine allgemeine psychologische Tatsache, daß eine lange Zeit hindurch vorgenommene Tätigkeit nach und nach zu routinenhafter Ausführung neigt[45]). Für Richter, welche längere Zeit Zivilsachen bearbeitet haben, werden die einzelnen Straffälle in der ersten Zeit mehr Nachdenken fordern, um zu einer Entscheidung kommen zu können, als für Strafrichter, welche schon lange Jahre gleiche oder doch ähnliche Fälle zu behandeln gewohnt sind. Ebenso gehört natürlich für den Laienrichter ein größeres Maß geistiger Arbeit dazu, den Strafprozeß nach seiner tatsächlichen und seiner rechtlichen Seite hin zu erschöpfen, als für den geschulten Berufsrichter. Es soll nicht bestritten werden, daß es Berufsrichter gibt, welche nach langjähriger Tätigkeit in Strafsachen in der Tat schablonenhaft zu urteilen pflegen; es muß aber ganz entschieden in Abrede gestellt werden, daß dies die Regel bilde und vor allem, daß dies eine notwendige Folge der ständigen Beschäftigung mit Strafsachen sei[46]). Der psychologisch geschulte und für seinen Beruf interessierte Strafrichter wird dieser Gefahr nicht unterliegen, viel weniger leicht unterliegen als der mit den kriminalistischen Hilfswissenschaften nicht vertraute und daher der Strafrechtspflege geringeres Interesse und Verständnis entgegenbringende Berufsrichter von heute, der zwischen strafrichterlicher

---

[45]) Warschauer, »Das Rechtsgefühl des Volkes mit besonderer Berücksichtigung des schwurgerichtlichen Gedankens« (Hannover 1912), S. 69 f. Auch Kohler, »Zur Konstruktion des Strafprozesses«, 65, 311, weist darauf hin, »daß, wenn jemand berufsmäßig den Verbrechern nachforscht, seine Seele häufig eine ein seitige Richtung annimmt, um gerade nach dem Belastenden zu haschen und das Verteidigungsvorbringen als bloße Ausflucht zu behandeln; eine Gefahr, die um so näher liegt, als eben solche Ausflüchte im Verbrecherleben sehr gewöhnlich sind, und es schwierig werden kann, zu ermitteln, ob nicht im einzelnen Fall dasjenige, was sonst Ausrede ist, sich als gerechtfertigte Schutzrede erweist«. Kohler überschätzt diese Gefahr aber nicht, da er diese Bemerkung macht, um die Trennung der Ermittelungstätigkeit und der Entscheidungstätigkeit zu rechtfertigen.

[46]) Etwas anderes ist die Frage, ob nicht das jahrelange passive Beisitzen bei Strafrichtern und Zivilrichtern abstumpfe. Diese Frage ist allerdings unbedenklich zu bejahen. (Vgl. Viezens, »Die Taugenichtse. Eine Betrachtung über preußische Richter« (Berlin 1897), S. 28. Daraus ergibt sich die Forderung, daß für einen häufigeren Wechsel im Vorsitz gesorgt wird.

und zivilrichterlicher Tätigkeit hin und her pendelt. Hierauf hat mit Nachdruck schon vor drei Jahrzehnten ein alter Praktiker hingewiesen. Man spreche heutzutage so viel von der Verknöcherung der Kriminaljuristen, von ihrer schablonenhaften Rechtsprechung, von ihrer Einseitigkeit. Man verlange deshalb, daß die Richter nicht ausschließlich Strafrichter sein und bleiben sollen, sondern daß sie abwechselnd bald in der Zivilpraxis, bald in der Kriminalpraxis, beschäftigt würden; dadurch soll ihr geistiger Blick freier, ihre Elastizität dauerhafter werden: »Wir vermögen uns auch dieser Theorie nicht anzuschließen. Der Richter, der Anlage zur Verknöcherung hat, wird verknöchern, ob man ihn auch durch gewaltsames Umpflanzen in einen anderen Boden von Zeit zu Zeit künstlich zu beleben versucht. Der Richter, der in seinem Amt am Platze ist, der es ausfüllt, und dem es Befriedigung gewährt, wird nicht verknöchern, wenn er auch nur Tag für Tag Kriminalfälle zu erledigen hat. Das Interesse einer guten und sicheren Rechtsprechung in der Strafjustiz aber erheischt es dringend, daß die Männer, die in diesem schwierigen Terrain einmal festen Fuß gefaßt haben, ihr auch tunlichst erhalten bleiben[47]).«

Darauf, daß jedenfalls der Wechsel zwischen zivilrichterlicher und strafrichterlicher Tätigkeit nicht geeignet ist, die angebliche Verknöcherung durchgreifend zu verhindern, weist mit Recht Viezenz hin[48]).

Mit besonderem Nachdruck hat Reichel darauf aufmerksam gemacht, daß die psychologische Schulung der Richter das beste Gegenmittel gegen eine Verknöcherung sei. Als den hartnäckigsten und gefährlichsten Feind bezeichnet er mit Recht den Schematismus, die Neigung zu gleichartiger Behandlung ungleichartiger Fälle und Menschen, bloß um deswillen, weil sie juristisch-technisch ein und derselben Norm unterfallen. Von individueller Behandlung der Fälle, von ausreichender Berücksichtigung der unendlich verschiedenen Individualitäten der einzelnen Menschen könne bei einem solchen Verfahren keine Rede sein.

»Wer dagegen sich mit forensischer Psychologie beschäftigt, ihre Lehren in sich aufgenommen hat, der kann und muß wissen, daß si duo faciunt idem, non est idem, und zwar nicht bloß deswegen, weil der eine noch »unbescholten«, der andere wiederholt wegen Bettelns, Landstreichens und dergleichen vorbestraft ist — das sind äußerliche,

---

[47]) Ω. Σ. a. a. O. S. 228 f. Vgl. ferner Hellwig, »Moderne Strafrichter«, a. a. O. S. 225; »Strafrichter und Strafrechtsreform« a. a. O. S. 357 f.; Ernst, Berufsrichter und Volksrichter in der Strafrechtspflege« (Berlin 1911), S. 21 f.; Roux a. a. O. S. 796.

[48]) »Wenn der Strafrichter nach langer Tätigkeit zu sehr dahin neigt, alle Einwände der Angeklagten als eitle Verbrecherkniffe anzusehen, so neigt der Zivilrichter zunächst zu sehr dahin, alte Verbrecherkniffe als beachtenswerte Einwände zu betrachten, und wenn er diese Übergangszeit überstanden und die neuesten Entscheidungen des Reichsgerichts in sich aufgenommen hat, dann unterscheidet er sich nicht mehr viel von dem Strafrichter von Fach.« (Viezens, S. 28.)

schematische Gesichtspunkte —, sondern überhaupt und schon von Hause aus deswegen, weil keine menschliche Individualität der anderen gleich, im Punkte reiner Ermessensfragen daher eine jede Persönlichkeit grundsätzlich mit ihrem eigenen Maße zu messen ist. Dies zu tun, die psychologische Sonderstruktur jedes einzelnen, wo nur immer möglich, zu berücksichtigen, fordert die oberste Pflicht jedes Richters, die Pflicht zu gerechter Entscheidung. Die vielberufene »Gleichheit aller vor dem Gesetze« ist keine abstrakt mathematische, sondern eine Gleichheit nach Maßgabe der natürlichen Ungleichheiten. Ungleiches gleich behandeln heißt ungerecht handeln[49]).«

Nicht einseitig werden die künftigen Strafrichter sein, welche die strafrichterliche Tätigkeit nicht als eine vielfach unangenehm empfundene Durchgangsstufe ansehen, sondern als ihre Lebensaufgabe den Kampf gegen das Verbrechen betrachten, vielmehr von Jahr zu Jahr sich mehr und mehr in ihr schwieriges, aber auch interessantes Arbeitsfeld vertiefen und dadurch imstande sein, immer besser die Eigenart eines jeden Verbrechers und die Eigenheiten eines jeden Falles zu erkennen und zu würdigen[50]).

e) Man sagt ferner: Zivil- und Strafrichter hätten in gleicher Weise den Beweis zu würdigen und das Gesetz auszulegen, deshalb sei eine Trennung beider Tätigkeiten gar nicht am Platze: So beispielsweise Horch[51]).

Daran ist allerdings so viel richtig, daß die Methoden der Gesetzesauslegung und die Würdigung des Beweises im Zivil- und Strafprozeß im wesentlichen die gleichen sind. Es darf aber nicht übersehen werden, daß im Zivilprozeß die Beweiserhebung in der Regel nicht von Amts wegen erfolgt, daß der Richter vielmehr an die Behauptung der Parteien und ihren Beweisantritt gebunden ist; ferner, daß der Zivilrichter nur sehr selten Gelegenheit haben wird, die Frage der Handlungsfreiheit der Parteien zu prüfen, während der Strafrichter über die Frage der Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten in vielen zweifelhaften Fällen sich klar werden muß, daß die Durchführung des Beweises, die Ermittlung von Beweismitteln, die Überführung des Angeklagten im Strafprozeß weit größeren Schwierigkeiten unterliegt; daß die ganzen technischen Beweismittel, von denen die Lehre der Kriminaltechnik handelt, die im modernen Strafverfahren eine immer größere Rolle spielen, für

[49]) Reichel, »Über forensische Psychologie« (München 1910), S. 31 ff.

[50]) Interessant, aber für unsere Frage nicht ausschlaggebend, sind die von Förster, »Schuld und Sühne« (München 1911), S. 193 f. mitgeteilten Worte Wicherns, in denen dieser für eine beständige Umgestaltung des Aufsichtspersonals eintritt, weil nur dadurch der lähmenden Routine entgegengewirkt werden könne.

[51]) Horch, S. 147 f.; Proal, »Le crime et la peine« (3 éd., Paris 1899), S. 360. macht gegen die von Tarde vorgeschlagene Spezialisierung der Richter geltend, daß der Zivilrichter ebenso wie der Strafrichter psychiatrische Aufgaben zu lösen habe.

den Zivilrichter so gut wie gar nicht in Frage kommt, daß auch das Zeugenmaterial, deren Aussagen der Strafrichter zu würdigen hat, weit häufiger den untersten Volksschichten angehört, daher schwerer rechtlich zu würdigen ist, und daß die Glaubwürdigkeit der Aussagen auch durch in Strafsachen weit häufiger vorhandene lebhafte Gefühle der Abneigung oder Zuneigung zu dem Angeklagten in Frage gestellt wird. Insofern kann man sagen, daß die Tatfrage bei den Strafverhandlungen im allgemeinen weit schwerer zu lösen ist als die Tatfrage in Zivilprozessen. Auch ist noch darauf hinzuweisen, daß die richtige Lösung der Straffrage auch außerordentlich schwer ist und eingehende Spezialkenntnisse und lange Übung erfordert, eine Übung, die der Zivilrichter sich nie erwerben kann.

Aus diesen Erwägungen heraus halte ich auch den oben angeführten Grund nicht für stichhaltig.

f) Bei der Erörterung der Frage in der französischen Gefängnisgesellschaft hat man die Besorgnis geäußert, daß bei einer ständigen Trennung der Zivil- und der Strafrichter die Unparteilichkeit der Rechtsprechung gefährdet werde, indem größere Versuchung bestehe, die Kammern so zusammenzusetzen, wie es der Justizverwaltung erwünscht sei, um ein bestimmtes Ergebnis bei besonderen Arten von Prozessen zu erzielen[52]).

Ich weiß nicht, inwieweit diese Besorgnis für das heutige Frankreich begründet ist. Es liegt aber kein Anlaß vor, dies Argument, soweit deutsche Verhältnisse in Frage kommen, ernst zu nehmen. Es ist auch, soweit mir bekannt, von keinem deutschen Schriftsteller dieser Grund gegen die Trennung beider Ämter angeführt worden. Es wäre sowohl der Justizverwaltung als auch unserer Richter nicht würdig, auf diesen eventuellen Einwand gegen die vorgeschlagene Trennung näher einzugehen.

g) Man hat gemeint, daß ständig mit der Strafrechtspflege, also mit der Bekämpfung des Verbrechens betraute Richter dazu neigen würden, zu sehr zu betonen, daß die Verbrecher bestraft werden müßten, und nicht genügend zu beachten, daß nicht alle diejenigen, welche angeklagt sind, auch schuldig wären. So spricht Horch von dem »immer mehr zunehmenden Gefühl der Gottähnlichkeit des Strafrichters, vor der zwar nicht diesem, wohl aber dem Abzuurteilenden sehr rasch bange würde«[53]).

---

[52]) Cauvière bei Roux, S. 801: »Si les jurisdictions criminelles sont toujours composées du même personnel, sans que le roulement en modifie la composition la tentation sera forte pour le ministre de les composer de coreligionnaires politiques, capables, dans les procès électoraux, dans les affaires de presse, de rendre les décisions les plus partiales.«

[53]) Horch a. a. O.; Prudhomme bei Roux, S. 804 f.: »Quand on parle de spécialisation, on croit souvent qu'on formule une loi du progrès. Je crains fort

Gewiß kann die Machtfülle, die in die Hand des Strafrichters gelegt ist, eitle und schwache Naturen dazu verführen, von dieser Macht einen unrechten Gebrauch zu machen, wenn auch in bester Absicht. Je mehr aber dafür gesorgt wird, daß die strafrichterliche Tätigkeit nur in die Hand von Richtern gelegt wird, die sich hierfür besonders eignen, destoweniger ist diese Gefahr vorhanden. Ein psychologisch gut geschulter Richter wird ganz anders als der psychologisch nicht erfahrene Richter imstande sein, auf seine eigene Schwäche achtzugeben und zu verhüten, daß durch sie ein Schaden entsteht. Ein Richter, der pönologisch gut durchgebildet ist, wird die Wirkung nicht angemessener Strafe auf den Verurteilten und seine Familie weit besser einschätzen können und wird sich daher auch weit mehr als ein Richter, der von diesen Dingen keine oder nur oberflächliche Kenntnisse hat, ängstlich bemühen, zu einer sorgsamen Feststellung der Schuld zu kommen, um einen Justizirrtum nach Möglichkeit auszuschliessen und alles zu gunsten und zuungunsten des Angeklagten Sprechende so sorgfältig wir irgend möglich abzuwägen, um das richtige Strafmaß zu finden. Ein Spezialstrafrichter wird nicht nur gegen die wirklichen Kriminellen entschiedener und deshalb wirksamer einschreiten, sondern auch den unschuldig in Verdacht gekommenen Beschuldigten williger Gehör schenken.

h) Auf anderem Gebiet endlich liegt die Befürchtung, die ständige Beschäftigung mit Strafsachen bedeute für die Strafrichter eine zu starke Anspannung der Nervenkräfte, die auf die Dauer nur schädlich wirken könne[54]).

Gewiß ist es richtig, daß gerade für Richter, die sich ihrer Verantwortlichkeit voll bewußt sind, die sich auch nicht darüber täuschen, daß sie trotz aller Sorgfalt doch dem allgemeinen Menschenlose des Irrtums nicht immer entgehen können, der Zwang, zu einer klaren Entscheidung zu kommen und den Angeklagten, trotzdem er möglicherweise nicht schuldig ist, zu verurteilen oder aber ihn freizusprechen, trotzdem er vielleicht doch das ihm zur Last gelegte Verbrechen begangen hat, ihre Tätigkeit gewisse, nicht geringe Anforderungen an ihre Nervenkraft stellt. Ein nervöser Richter ist eine höchst unerfreuliche Erscheinung,

---

que la spécialisation du juge pénal ne nous donne une justice plus rapide souvent, mais offrant moins de garanties aux justiciables.« Bei Besprechung des zweiten Bandes von Garraud, »Traité d'instruction criminelle et de procédure pénale«, (Paris 1909) bemerkt Frérejouan du Saint in der Revue prénitentiaire, 1909, S. 1164, Garraud sei wie Roux ein Anhänger der Spezialisierung; es sei dies aber eine sehr verwickelte Frage: »Sans doute, le juge spécialisé serait plus familiarisé avec les textes et démêlerait peut-être plus aisément les artifices de la défense; il connaîtrait mieux la psychologie du délinquant, mais il y aurait à compter avec la psychologie du juge, qui se verrait institué spécialement en vue de la répression et dont la main finirait par s'abaiser automatiquement et sans aucun contrepoids.«

[54]) Leloir bei Roux, S. 807.

der man leider hier und da begegnet. Besonders in der Strafrechtspflege sind nervöse Richter vom Übel. Wer mit Leib und Seele Strafrichter ist, wird im allgemeinen weniger nervös werden, als jemand, der nur gezwungen und ungern die Verantwortung, die mit der strafrichterlichen Tätigkeit verbunden ist, auf sich nimmt; wer sich dessen bewußt ist, daß er infolge seiner Vorkenntnisse und seiner Erfahrung imstande ist, den Fall so gründlich zu untersuchen, wie es nach dem gegenwärtigen Stande der Kriminalwissenschaft möglich ist, der wird der Gefahr der Nervosität weniger leicht unterliegen als jemand, der sich seiner Unzulänglichkeit bewußt ist. So kommen wir gerade von diesem Standpunkt aus zu der Forderung, besondere Strafrichter zu schaffen. Übrigens darf man die Gefahr des Nervöswerdens auch nicht überschätzen. Unsere Leute hier draußen haben seit nunmehr dreiundeinemhalben Jahre ganz andere Anforderungen an die Nerven stellen müssen und auch erfreulicherweise ausgehalten. Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß es nicht wünschenswert wäre, dafür zu sorgen, daß die Richter, insbesondere die Strafrichter, möglichst gute Nerven behalten. Doch das geht über das uns hier beschäftigende Problem hinaus[55]).

6. Wir sind also zu dem Ergebnis gekommen, daß sehr gewichtige Gründe dafür sprechen, daß die Strafrechtspflege von der Zivilrechtspflege geschieden wird, und daß die Gegengründe, welche man angeführt hat, entweder überhaupt belanglos sind, oder daß sie doch zum mindesten nicht ausreichen, um die angeregte Reform als nicht nützlich hinzustellen.

Selbstverständlich kann jedenfalls ohne eine durchgreifende Reform der Gerichtsverfassung, an die man jedenfalls auf lange hinaus noch nicht denken kann, nicht die Rede davon sein, daß nur Spezialrichter strafrichterliche Tätigkeit und — das ist ja die Kehrseite der Medaille — auch nur Spezialrichter die zivilrichterliche Tätigkeit ausüben. Wenn man sich unserer Meinung anschließt, daß es im allgemeinen über Menschenkraft geht, sowohl im Zivilrecht als auch im Strafrecht in jeder Beziehung spezialistisch ausgebildet zu sein, so liegt es auf der Hand, daß jedenfalls die vielen Amtsgerichte, die von einem einzigen Amtsrichter verwaltet werden, von Spezialisten nicht besetzt sein können. Man wird aber aus pekuniären Gründen noch weiter gehen und zugeben müssen, daß auch bei der großen Mehrzahl der kleinen Landgerichte nicht die Möglichkeit besteht, eine besondere Zivilkammer und eine besondere Strafkammer zu schaffen, da dies zu einer Vermehrung der Stellen von Richtern führen müßte, ohne daß hierfür eine zwingende Notwendigkeit vorläge.

---

55) Vgl. Hellwig, »Zur Psychologie der richterlichen Urteilsfindung« (Stuttgart 1914), S. 48 Anm. 1, sowie »Justizirrtümer« (Minden i. W. 1919) S. 77 ff. und die dort angeführte Literatur.

Gewiß ist es an und für sich folgerichtig, wenn man auch für diese kleinen Amtsgerichte und kleinen Landgerichte die Forderung aufstellen würde, daß sowohl in Zivilsachen als auch in Strafsachen nur Spezialrichter tätig sein sollten, da nur dann so gut wie möglich Gewähr dafür gegeben sei, daß die Rechtsstreitigkeiten auch sachgemäß erledigt würden[56]. Wenn man aber nicht den Boden unter den Füßen verlieren will, muß man die praktisch gegebenen Möglichkeiten berücksichtigen und sich davor hüten, nur dem Prinzip zuliebe eine Forderung bis in ihre äußerste Konsequenz zu verfolgen. Daß eine so weitgehende Forderung aber jedenfalls in absehbarer Zeit nicht realisierbar wäre, ist offenbar; das ist aber kein Grund, um die Forderung auch insoweit fallen zu lassen, als sie verwirklicht werden kann. Wenn wir also eine Trennung der Zivilrechtspflege von der Strafrechtspflege verlangen, so tun wir das immer nur in dem Sinne, daß wir Spezialisten dort verlangen, wo sie nach den gegebenen Verhältnissen möglich sind[57].

Mit der Ausbildung, die man von einem Spezialstrafrichter verlangen muß, sich näher zu befassen, ist hier nicht der Ort[58]. Nur so viel sei gesagt, daß auf der Universität für alle Studenten der Besuch einer Vorlesung über forensische Psychologie obligatorisch sein muß. Nicht nur während der Universitätszeit sondern, auch während der Referendarzeit hat die Ausbildung aller künftigen Richter gemeinsam zu erfolgen. Denjenigen Referendaren, die sich insbesondere für Strafrechtspflege interessieren, und die daher den Wunsch haben, später Spezialstrafrichter zu werden, ist die Möglichkeit zu geben, eine bestimmte Zeit des Vorbereitungsdienstes bei Polizeibehörden oder bei Gefängnisverwaltungen abzuleisten. Erst nach dem Assessorexamen hat mit der eigentlichen Spezialausbildung zu beginnen. Denjenigen Assessoren nämlich, welche sich für die zivilrichterliche Tätigkeit interessieren, ist Gelegenheit zu geben, bei einer Bank, bei einem Industrieunternehmen, bei einem Handelsgeschäft und dergleichen sich den für sie wünschenswerten Einblick in die tatsächlichen Verhältnisse des gewerblichen Lebens zu verschaffen. Wer dagegen später Strafrichter werden will, der muß sein Fortbildungungsjahr bei einer Gefängnisverwaltung, bei einer größeren Polizeibehörde, bei Jugendschutzvereinen usw. zubringen. Auch nach dieser im allgemeinen auf etwa ein Jahr zu bemessenden Tätigkeit braucht die ständige Trennung der Strafrichter von den Zivilrichtern noch keineswegs zu erfolgen. Es ist kaum anzunehmen, daß künftig

[56]) Gerade an den kleinen Amtsgerichten ist aber der Richter mit der Bevölkerung in der Regel besonders vertraut; dadurch wird wenigstens bis zu einem gewissen Grade der Mangel an spezialistischer Schulung wettgemacht.

[57]) Hellwig, »Strafrichter und Strafrechtspflege«, S. 45; Sturm, »Trennung ..«, S. 250; »Über Trennung . .«, S. 506; Proal loc. cit.; Roux 797 f.; Leloir, Prévost, Berlet bei Roux S. 805, 820 f., 827.

[58]) Vgl. darüber Hellwig: »Die Reform der Ausbildung der Organe der Strafrechtspflege« (Archiv f. StR. Bd. 65 S. 426 ff.).

die Richter eher als wenigstens drei bis vier Jahre nach bestandenem Assessorenexamen angestellt werden; wahrscheinlich wird die Wartezeit noch länger dauern. Während dieser Zeit besteht genug Gelegenheit, diejenigen Assessoren, die sich später gerade strafrichterlicher Tätigkeit widmen wollen, auch in der richterlichen Handhabung des Zivilrechts weiter zu schulen und umgekehrt den künftigen Zivilrichtern Gelegenheit zu geben, sich auch als Strafrichter zu versuchen und einen Einblick in die Schwierigkeiten dieses Zweiges richterlicher Tätigkeit zu gewinnen. Gerade die vorgeschlagene Trennung der Strafrechtspflege von der Zivilrechtspflege nach gemeinsamer Ausbildungs- und Vorbereitungszeit ist geeignet, den mit Recht geltendgemachten Wunsch nach tüchtigen Persönlichkeiten zu erfüllen, auf die es allerdings sowohl in der Strafrechtspflege als auch in der Zivilrechtspflege vor allem ankommt[59]).

Unsere Jugendrichter sind im gewissen Sinne schon Spezialisten wie wir sie fordern. Schon heute muß man es nur bedauern, wenn ein länger als Jugendrichter tätig gewesener Richter auf einmal mit zivilrichterlicher Tätigkeit befaßt wird, weil dabei seine besonderen Kenntnisse und Erfahrungen, die auf seinem Spezialgebiet im allgemeinen Interesse mit großem Nutzen verwertet werden können, vollkommen brach liegen. Wenn man künftig eine eingehende Ausbildung der Jugendrichter in der Kriminalpädagogik[60]) und in der Jugendkunde fordert, so würde es erst recht eine unverständliche Kraftvergeudung bedeuten, wenn man diese Richter nicht dort verwenden wollte, wo sie imstande sind, ganz was Besonderes zu leisten.

Man hat mit Recht des öfteren darauf hingewiesen, daß das Jugendstrafrecht und das Jugendstrafverfahren berufen sei, bahnbrechend zu wirken für die Reform des Strafrechts und des Strafverfahrens überhaupt, indem hier zuerst moderne Grundsätze verwirklicht würden, deren Übernahme in das gesamte Strafrecht und das Strafvollzugsrecht angestrebt werden müsse. So können wir auch den modernen spezialistisch ausgebildeten Jugendrichter als den Vorläufer des Spezialstrafrichters ansehen.

Spezialstrafrichter sollen sein: der Jugendrichter, der Untersuchungsrichter, der Schöffenrichter an den größeren Amtsgerichten, der Ermittelungsrichter, gleichfalls an größeren Amtsgerichten, der Vorsitzende des Schwurgerichts, der Vorsitzende von Strafkammern und bei den größeren Landgerichten auch die Beisitzer von Strafkammern.

---

[59]) Wenn Horch S. 149 sagt: »Der Ruf nach richterlichen Persönlichkeiten wird sowohl für die Zivil- wie für die Strafrechtspflege der in erster Linie bedeutungsvolle sein«, so kann man dieser Bemerkung rückhaltslos beistimmen, sowenig man auch mit den daraus gezogenen Folgerungen und ihrer Begründung einverstanden sein kann.

[60]) Vgl. v. Karman, »Das Institut für Kriminalpädagogie« (Langensalza 1914), und Hellwig: »Kriminalpädagogie« (»Österreichische Rundschau« 1917).

Augennetzhautbilder bei Ermordeten und Kriminalistik[1]).

Von Dr. Leo Haber, Wien.

I.

Auf den Gedanken der Verwendung von Netzhautbildern bei Ermordeten für kriminalistische Untersuchungen bin ich im Jahre 1912 vollkommen originär, anläßlich meiner damals in Vorbereitung sich befindenden und für das Hans Großsche »Archiv« bestimmten Arbeit über Anwendung der Deduktionsmethode für kriminalistische Tatbestandsaufnahmen, welche Arbeit auch später unter einem anderen Titel hier erschien, gekommen, ohne daß mir auch nur eine von den unten angeführten Veröffentlichungen bekannt gewesen wäre, und ohne daß ich von diesem Vorschlage von irgend jemandem auch nur ein Wort gehört hätte. Der Gedanke entstand in mir damals ganz spontan und originär, und ich besitze dessen weiter nicht verwendete Aufzeichnung in der soeben erwähnten Urhandschrift an einer gestrichenen Stelle. Die Erinnerung an diesen Gedanken entstand in mir neuerlich im Monat Mai 1918, anläßlich des in Wien damals verübten Mordes an der Julie Earl im Hotel Bristol, wo mehrere Tage hindurch die Mörder nicht entdeckt werden konnten. Ich verfaßte über meinen Vorschlag — über den ich auch übrigens aus einem mir nicht mehr erinnerlichen Anlaß mit einem der tüchtigsten Wiener Untersuchungsrichter Dr. Rudolf Müller, noch zuvor gesprochen — einen längeren Bericht, den ich anfangs in der Tagespresse veröffentlichen wollte, ihn später jedoch für die Frankfurter »Umschau« umarbeitete, wo auch mein durch die Schriftleitung des Blattes neuerlich stark gekürzter Aufsatz in der Nr. 29 vom 13. Juli 1918 unter dem Titel: »Die Netzhaut als Entdecker des Mörders, ein Vorschlag« erschien.

Nach dieser Veröffentlichung, die mit einer Aufforderung seitens der Schriftleitung des Blattes zur Meinungsäußerung aus dem Leserkreis versehen war, meldeten sich mehrere Stimmen, so in Nr. 33, 34 und 37, die mich auf die unten angeführten Bücher sowie Quellen aufmerksam machten, und welchen Hinweisen ich auch teilweise unmittelbar, teilweise mittelbar die Kenntnis der Literatur auf diesem Gebiete verdanke.

Der Inhalt der soeben erwähnten Bücher hat in mir den Entschluß wachgerufen, diesen Gedanken weiter zu verfolgen und ihn theoretisch zu untersuchen sowie gleichzeitig an die zuständigen Stellen mit dem Ersuchen im Namen der Wissenschaft heranzutreten, auf Grund neuerer

---

[1]) Geschrieben Ende Dezember 1918, eingesendet wegen früherer, durch eine mehrmonatige Studienreise verursachter, Unmöglichkeit im Juli 1919.



Fortschritte und technischer Errungenschaften sich noch einmal der Betrachtung dieser Frage zuzuwenden.

Ich wandte mich auch meinerseits unter anderem an die Heidelberger medizinische Fakultät, auf welche Stelle mich in einer privaten Zuschrift Herr Ludwig Kunzle, Frankfurt a. M., aufmerksam machte mit dem Ersuchen, mir gütigst von den bisherigen dort auf diesem Gebiete unternommen Versuchen Mitteilnug machen zu wollen, um so mehr, als ich in einer der unten angeführten Veröffentlichungen einen Hinweis auf Heidelberg gefunden habe. Mit dieser sowie anderen Veröffentlichungen, die ich bereits früher angedeutet habe, werde ich mich im Laufe dieser Arbeit in den einzelnen ihnen gewidmeten Abschnitten beschäftigen, will aber schon hier anführen, daß mir während der Niederschrift dieser Arbeit auch eine derartige Persönlichkeit auf kriminalistischem Gebiete wie der Grazer Oberstaatsanwalt Hofrat Dr. Alfred Amschl die Mitteilung machte, von ähnlichen Fragen von Netzhautphotographien habe seinerzeit Professor Dr. Schauenstein in seinen Vorlesungen zu Graz Erwähnung getan.

Im nachstehenden wende ich mich somit zuerst der Darstellung zu, wie ich sie ungekürzt und anfänglich, wie denn auch vollkommen originär, ohne Kenntnis irgendwelcher Literatur, für die erwähnte »Umschau« bearbeitet habe, und lasse dieser im Abschnitt II enthaltenen Darstellung Ausführungen, die sich auf die angedeuteten Quellen stützen, folgen, wobei ich noch bemerke, daß ich diese Darstellung im Abschnitt II in zusammenhängender Weise mit allgemeinen kriminalistischen Fragen behandelt habe.

II.

Das Organ, das empfindet, ist ebensogut ein Teil der Natur wie die Objekte der Empfindung, welche auf dieses einwirken, und als ein Teil der Natur ist es selbst ein Objekt für rein physikalische sowie für wissenschaftliche und kriminalistische Forschung.

Die neuzeitliche Beweislehre des Strafprozesses, die Kriminalistik im umfangreichen Sinn dieses Wortes, arbeitet mit objektiven und subjektiven Spuren des Verbrechens. Die Zukunft dieser Beweislehre, die nach dem Kausalitätsgrundsatz vorgeht — bekanntlich zeitigt der ganze Strafprozeß eine Tendenz nach Kausalitätsforschung — liegt auf dem Gebiet der objektiven Spuren bzw. ihrer Forschung, wie ich an verschiedenen Orten und aus verschiedenen Anlässen ausgeführt habe. Die subjektiven Spuren treten an ihrer Bedeutung und Wertung immer mehr zurück und verlieren beinahe von Tag zu Tag, von Erkenntnis zu Erkenntnis an ihrem Wert, ähnlich wie ich es auch verschiedenenorts betont habe. Als objektive Spuren, mit deren besonderem Fall wir uns im nachstehenden befassen wollen, gilt alles, was eine körperliche Änderung der Sinnesweltkörper darstellt, mag

diese Änderung eine physische, chemische, technische oder sonst immerwelcher Art und energieändernder Natur sein. Diese objektiven Spuren werden kriminalistisch nach den Grundsätzen der neuzeitlichen strafprozeßrechtlichen Beweislehre untersucht, das heißt: sie, die im Tatbestande vereinzelt sich befanden, jedoch zueinander passen, werden in einen Zusammenhang miteinander gebracht, und es wird nach ihrer logischen und psychologischen Kausalität dem Verbrechen und Verbrecher gegenüber geforscht. Diese Untersuchung bildet materiell nicht einen besonderen Teil des Srafprozesses, sie muß sich vielmehr in allen diesen Stadien einfinden und wiederholen und wird nur aus vorbereitenden Gründen vornehmlich im ersten Stadium des Strafprozesses, dem so formell benannten Untersuchungsverfahren, besonders ausgeführt. Dabei wird jedoch bemerkt, daß der ganze Strafprozeß dieser Kausalitätsforschungsgrundlage und -tendenz in immerwelchem weiteren Stadium seines Ganges nicht entbehren darf. Der Strafprozeß muß schon aus dieser so aufgefaßten kriminalistischen Erwägung immer ein Untersuchungsprozeß sein, wozu aber auch noch andere, hauptsächlich staatsrechtliche Gründe für dessen solche Existenz in Betracht kommen, worüber einmal eine nähere Begründung von mir erscheinen soll.

Die Kriminalistik verfügt, was die Erforschung der objektiven Spuren im angegebenen Sinn anbelangt, über eine ganze Reihe zugänglicher Objekte und ihrer Untersuchungen, die einen besseren und viel sichereren Aufschluß über die Begehungsart des Verbrechens, Motive, Hergang der Tat usw. zu geben vermögen als immerwelche andere, vornehmlich subjektive Spuren in ihrer Gestalt als Zeugenaussagen und dergleichen, weil sie, die objektiven Spuren, in der einmal festgestellten Gestalt als Grundlage der Untersuchung dienen und, was viel wichtiger, nämlich was ihre Veränderlichkeit sowie deren Bedeutung anbelangt, wenn sie einmal kriminalistisch betrachtet und verwendet worden sind, immer eine Nachprüfung in der Richtung von weiteren körperlichen Änderungen sowie ihrer Ursachen ermöglichen, so daß deren Feststellung in immerwelcher Sachlage sowie Abänderung nach der einmal erfolgten Aufnahme und Registrierung, und zwar infolge der bereits erwähnten Materienvorgänge in der Sinneswelt, sei es wegen Zugriffes von Personen, sei es wegen innerer ihrer körperlichen Vorgänge erwähnter Natur und Art, überprüft und überwacht werden können. Sie, die der Sinneswelt angehören, lassen im Vergleich mit den der ideellen und geistigen Welt angehörenden subjektiven Spuren, eine feste Aufnahme und Kontrollmöglichkeit zu, an der es eben den letztgenannten Spuren gebricht[2]).

[2]) Zum richtigen Verständnis dieser Spurenidentifizierung und Bedeutung vgl. meine Ausführungen in den »Juristischen Blättern«, Wien, vom Jahre 1916: Nr. 15

Im folgenden soll unter Zugrundelegung eines Teiles der von selbst entsprechenden obigen Ausführungen eine gerichtlich-medizinische und kriminalistische Anregung über die Vorgänge, die sich unmittelbar vor dem Tode einer ermordeten Person ihr gegenüber abgespielt haben, gegeben werden. Dieser Vorschlag stützt sich auf folgende Grundlagen:

Die Sehfähigkeit des menschlichen Auges[3]) beruht darauf, daß in seinem Hintergrunde auf der Netzhaut (retina), nachdem die Lichtstrahlen der Außenwelt durch die Hornhaut (cornea), die Linse (lens crystallina) und den Glaskörper (corpus vitreum) auf ihrem Wege gebrochen wurden, daß also auf dieser Netzhaut Bilder der mit dem Auge wahrgenommenen Gegenstände, ähnlich denjenigen, wie sie in der photographischen Kamera entstehen, entworfen werden. Ähnlich wie hier, ist auch beim Auge das auf der aufsaugenden Platte, im letzteren Fall also der Netzhaut, entstehende Bild äußerer Gegenstände verkleinert, umgekehrt und reell[4]).

Der Gedankenkorrespondenz mit unten folgenden Ausführungen wegen und im Zusammenhang mit den vorgenommenen Versuchen hauptsächlich negativer Natur möge schon hier betont werden, daß diese Sehfähigkeit noch nicht das Sehen als solches bedeutet, zu welchem die Nervenmitwirkung und eine entsprechende Gehirnarbeit gehören. Die erwähnte Sehfähigkeit bedeutet also nur die Fähigkeit als solche. Auf Grund dieser Fähigkeit spiegelt sich wohl das Bild des gesehenen Gegenstandes auf der Netzhaut, ähnlich jedoch wie im Spiegel ab, wobei natürlich von den chemischen Vorgängen in der Netzhaut, die durch die Lichtwirkung hervorgerufen werden, abgesehen wird. Diese photochemischen Vorgänge bilden die Voraussetzung des erwähnten Abspiegelns des objektiven Bildentwurfes in der Netzhaut. Damit aber das so abgespiegelte Bild wahrgenommen und daraus auch die unten folgenden Schlüsse gezogen werden können, ist es notwendig, daß die erwähnten physiologischen Nerven und seelische Gehirnmitarbeit unternommen werden, eine Erwägung, zu welcher wir noch später bei

---

16 und 17, ebenda vom Jahre 1917: Nr. 19, sowie im Kohlerschen »Archiv für Strafrecht und Strafprozeß« vom Jahre 1918, Band 65 Heft 1/2 und 5/6.

[3]) Im nachstehenden beschäftigen wir uns mit Fällen des Sehvorganges beim normalen und nicht kranken Auge. Die Fälle der Kurzsichtigkeit, der Einfluß des Brillentragens usw. werden hier als Sonderfälle nicht berücksichtigt.

[4]) Die Tatsache, daß wir die Gegenstände in der Lage sehen, wie sie wirklich außer uns im Raume gestellt sind, obgleich die Bilder von ihnen auf der Netzhaut gerade die umgekehrte Lage haben, erklärt sich daraus, daß die Seele das auf der Netzhaut entworfene, wie wir noch hören werden, mosaikförmige Bild nicht als ein objektives (auf der Netzhaut stehendes) anschaut, sondern, daß sie nur die zu ihr fortgeleiteten physiologischen Erregungen wahrnimmt, welche die einzelnen Lichtkegel in den von ihnen getroffenen Netzhautstellen hervorrufen und diese Lichteindrücke in der Richtung der Projektionslinien nach außen versetzt.

Besprechung mancher unternommenen Versuche sowie der Gründe ihres Mißlingens zurückkehren werden.

Zum richtigen Verständnis dieses ganzen Vorganges werde noch folgendes hinzugefügt:

Die Netzhaut ist mosaikförmig aus einer großen Zahl einzelner leuchtender Punkte zusammengesetzt. Sie besteht aus neun verschiedenen Schichten, von denen die innerste von den auseinanderstrahlenden Fasern des Sehnerven, die äußerste von palissadenartig dicht nebeneinander stehenden sehr feinen Stäbchen und Zapfen gebildet wird. Die Stäbchen und Zapfen sind als die eigentlichen Endorgane des Sehnerven, als die lichtempfindenden Elemente des Auges zu betrachten und bilden mit ihren Fußenden ein zierliches, eben erwähntes Mosaik.

Das von einem jeden Punkte eines beleuchteten Objektes ausgehende bzw. reflektierte Licht wird auf ein Feldchen dieses Mosaiks konzentriert, und die dadurch hervorgerufene Erregung wird zum Gehirn geleitet. Die Bewegung des Lichtäthers übergehe in der Netzhaut in chemische Vorgänge bereits erwähnter Art. Das auf der Netzhaut entworfene objektive Mosaikbild eines Gegenstandes, das desto mehr einem kontinuierlichen Bilde gleichen muß, je feiner und zahlreicher die Feldchen sind, und das erst durch die mittelst des Sehnerven hervorgerufene Gehirnmitarbeit wahrgenommen wird, kommt in dieser Weise zur Anschauung.

Durch das früher erwähnte und erklärte umgekehrte Bild auf der Netzhaut wird die Gesichtsempfindung vermittelt. Aber der Lichteindruck ist, wie hervorgehoben, als solcher noch keine Empfindung, sondern wird es erst durch die Fortpflanzung der durch ihn bewirkten Erregung zum Gehirn in der Bahn des Sehnerven. Im Gehirn wird erst die selbstbewußte Empfindung, also Gesichtsvorstellung geschaffen und vom Geiste auf den gesehenen Gegenstand im Wahrnehmungswege bezogen.

So sind denn in ultima analysi am Sehen im vollsten Sinne dieses Wortes beteiligt: 1. die in der Netzhaut ausgebreiteten, letzten Endigungen des Sehnerven usw. als Stäbchen- und Zapfenschicht, die auf die Einwirkung von Lichtstrahlen durch eine bestimmte photochemische Erregung reagieren und ein objektives Bild auf der Netzhaut entwerfen, 2. die Sehnerven, deren Fasern die Erregung nach den Gehirnteilen leiten, in denen sie wurzeln, und 3. diese Gehirnteile selbst, in denen die Erregung in Lichtempfindung sowie letzten Endes in Wahrnehmung auf genanntem Wege umgesetzt wird.

Die kurzgefaßte Tatsache der geschilderten Sehfähigkeit und der darauffolgenden bzw. fast gleichzeitig vor sich gehenden Apperzeption mittels Sehnerven und Gehirnmitarbeit, diese Tatsache als solche könnte also kriminalistisch wie folgt verwendet werden, wie ich in meiner ersten originären Arbeit ausgeführt habe:

Nehmen wir an, was wohl in einer Reihe von Fällen zutreffen wird, daß bei einer ermordeten Person nicht augenblicklich, sondern

nur ein paar Sekunden oder wenn auch nur nach einem Bruchteil der Sekunde nach der tödlichen Handlung des Täters der Tod erfolgte. Das Auge der ermordeten Person, wenn es dem Täter zugewendet gewesen, und dies kommt nicht allzuselten vor, das Auge der ermordeten Person hat also in diesem Falle gewisse Vorfälle — vielleicht, wie wir später hören werden, mit einer gesteigerten Intensität — noch aufgenommen, die sich unmittelbar vor dem Todeseintritt abgespielt haben, und es hat der Sehvorgang den letzten dieser Vorfälle bzw. das letzte noch wahrgenommene Bild, das keinem später zeitlich folgenden weichen mußte, auf der Netzhaut registriert und unter Mitarbeit der Nerven dem wahrnehmenden Sinne zugeführt. Denn die auf der Netzhaut registrierten (und der Wahrnehmung zugeführten) Vorgänge bleiben in der Form von Bildern auf der Netzhaut so lange, bis sie keiner anderen Aufnahme eines anderen, späteren Vorfalles weichen müssen[5]).

Nehmen wir also das früher Geschilderte an, so werden wir, wenn nicht immer, so zumindest nicht allzu selten kriminalistische Verwendungsversuche mit aufgenommenen und wahrgenommenen Netzhautbildern unternehmen können, und es werden solche Versuche mitunter wertvolle Aufschlüsse für den Kriminalisten in der Richtung der Person des Täters zu bieten in der Lage sein, dessen Bedeutung vielleicht keiner näheren Erörterung und Erklärung bedarf.

In weiterer Ausführung meiner ursprünglichen Darstellung hieß es:

Es muß weiter bemerkt werden, daß sich die Netzhautbilder in beiden Augen des Sehenden nach gewissen optischen Grundsätzen ergänzen. Dieser Umstand ist für die Anwendung unseres Vorschlages insofern von Bedeutung, als in Ausführung dieser noch unten zu erwähnenden Anwendung, die sich ergänzenden und wie angeführt verkleinerten, umgekehrten, reellen Bilder von den Netzhäuten beider Augen berücksichtigt werden müßten, und zwar möglichst nach Todeseintritt sofort, solange an der lichtempfindlichen, aufsaugenden Platte der Netzhaut, wo der Sehvorgang die gerade wahrgenommenen Vorgänge registrierte, keine Trübung eingetreten ist, die ihre Gründe im Verwesungsprozeß als solchem, der bekanntlich schon ein paar Stunden nach Todeseintritt beginnt, in Trübungen der brechenden Medien, in der Irisänderung, in der Änderung des intraokulären Druckes, besitzt, welche Umstände alle

[5]) Aus unserer eigenen menschlichen Erfahrung wissen wir gut, daß wir auch mit geschlossenen und äußere Vorgänge nicht wahrnehmenden Augen uns diese Bilder der Außenwelt vorführen können. Es ist dies bloß eine Gehirnarbeit, die mit dem »geistigen Auge« verrichtet wird. Das physische Auge vernimmt in solchen Fällen keinerlei Vorgänge, und es spiegelt sich auf der Netzhaut meines Erachtens in solchen Fällen kein Bild ab. Diese Fälle halte ich für ein Gegenstück des bloßen Abspiegelns auf Grund der Sehfähigkeit ohne Nerven- und Gehirnmitwirkung. In den letzteren sieht bloß das physische Auge ohne Wahrnehmung und soeben erwähnter Mitarbeit, in den ersten sieht bloß das geistige Auge, das heißt die wahrnehmende Gehirnzelle ohne physischen Nervenreiz.

zueinander in engster Verbindung verbleiben und hauptsächlich vom Verwesungsprozeß abhängen[6]). So werden denn kurz nach erfolgtem Tode das Auge und die Netzhaut in wenigen Stunden getrübt und an Stelle der, photographische Dienste versehenden, Netzhaut und des darauf aufgenommenen Bildes tritt in seiner Ausbreitung der bekannte »gelbe Fleck« auf. Da nun die gerichtlich-medizinischen Vorschriften betreffend Leichenöffnungen gewisse Zeitvorschriften enthalten und die Obduktion jedenfalls nach wenigen Stunden nach dem Todeseintritt nicht erlauben, die Feststellung des so wichtigen Augennetzhautbildes aber nach Ablauf einer größeren, das heißt mehrstündigen, Zeitspanne zu keinem oder zumindest sehr fraglichem Ergebnis aus den angeführten Gründen führen könnte, dürften hier Okulistik und Ophthalmoskopie aushelfend eingreifen[7]). Die näheren Möglichkeiten hierfür sind mir nicht bekannt, allein ich glaube, daß die erwähnten Lehren und ihre Wissenschaft ohne vor sich gegangene Obduktion und mit Zuhilfenahme ihrer Apparate und Instrumente (Ophthalmoskope von Helmholtz, Coccius, Meyerstein, Epkens-Donders), vielleicht auch anderer neuerer sowie unter Anwendung des photographischen Verfahrens und gar der Röntgenoskopie das Vorhandensein des so oft erwähnten Netzhautbildes feststellen könnten. Von da an ist das Verfahren ein äußerst einfaches, wenn es sich um die Vergrößerung der so entdeckten und der Kriminalistik zur Verfügung zu stellenden Netzhautphotographien handelt.

Sollten aber die Okulistik und Ophthalmoskopie samt allen hier einschlagenden und ihre Verwendung erlaubenden Verfahrensarten und Instrumenten nicht in der Lage sein, in den geschilderten Tatbestand aushelfend einzugreifen, dann bliebe wohl nichts anderes übrig, als in not-

---

[6]) Ich sehe hier von dem gewiß nicht unwichtigen Fall ab, wo auch nach dem Todeseintritt das noch reaktionsfähige Auge Bilder der Außenwelt aufzunehmen geeignet ist. Diese Fähigkeit dauert auch eine kurze Zeitdauer nach dem Todeseintritt an und dürfte im Todesfall, wo Augen offen bleiben, nicht gar selten zu dem Fall führen, daß spätere Bilder auf der Netzhaut registriert werden können (vgl. dazu Note 21). Allein, wie ich einerseits die Bedeutung dieses Falles nicht unterschätze, dessen Möglichkeit zugebe, den Fall, den ich im Auge habe, aber besonders hervorhebe, für dessen besondere Existenz auch die noch zu nennenden Umstände der Todesangst und der gesteigerten Nervenerregung ihr Wort sprechen, so will ich andererseits diesen Fall der Nachbilder nicht überschätzen (vgl. dazu im Abschnitt IX den Fall des »umherblickenden Auges«). In manchen Fällen wird jedoch zweifelsohne der hier beschriebene Vorschlag zu einem Ergebnis führen, und sollten es auch nur vereinzelte Fälle sein, wird damit, wie noch ausgeführt werden soll, schon Bedeutendes für die Kriminalistik geleistet werden können.

[7]) Ansätze hierfür finde ich in einer Arbeit von Terson, Merkmale und Rückwirkungen des Todes am Auge im »Archiv d'ophthalmologie«, Mai-Juni 1917. Die einige Worte später hier im Text erwähnten ophthalmologischen Apparate neuester Konstrutionsarten erwähnt auch Dr. Schneickert in seiner Arbeit. Wie Note 27.



wendigen Fällen, deren Ermessen dem Untersuchungsrichter obliegen würde, den Gerichtsärzten zu gestatten, alles Zweckmäßige zu unternehmen, damit die so wichtigen Netzhautbilder für kriminalistische Untersuchungen nicht verloren gehen, und daß somit auch nach wenigen Stunden nach dem Todeseintritt zur Obduktion geschritten werde. Eine entsprechende Gesetzesänderung hinsichtlich der Leichenöffnungen wäre selbstverständlich.

An dieser Stelle will ich in einigen Worten des früher erwähnten Falles gedenken, wo die Anwendung meines Vorschlages bedeutende Vorteile der Untersuchung geboten hätte. Im Mai 1918 wurde in Wien, im Hotel Bristol, ein Raubmord an Julie Earl, einer Gesellschafterin der Baronin Vivante, verübt. Durch mehrere Tage suchten die Kriminalbehörden nach dem Täter, und als sie endlich den Emo Davit — übrigens dank einem Zufall — verhafteten, waren sie lange Stunden im ungewissen, ob er der wirkliche Täter sei. Wenn der Zufall seinen Komplizen Kurt Franke nicht zur Polizei geführt, und wenn dieser Franke die selbst und freiwillig übernommene Verteidigerrolle des Inhaftierten nicht allzu ungeschickt gespielt hätte, wäre der Verhaftete, wofür alle Anzeichen vorlagen, wohl freigelassen worden, obzwar, wie es sich später herausstellte, er der wirkliche Mörder und Anstifter gemeinster Art und sein Komplize der unmittelbare Täter gewesen sind. Durch mehrere Tage hielt die Presse die Bewohner Wiens und wohl auch der Provinz in aufregender Ungewißheit über die Täterschaft, und auch die untersuchenden Behörden waren vielleicht nicht auf einem zum wirklichen und richtigen untersuchungskriminalistischen Zweck führenden Wege. Der Zufall ermöglichte die Lösung, für die mein Vorschlag gewiß sofort die Richtung gegeben hätte. Man hätte, ich glaube es fest, auf der Augennetzhaut der Ermordeten und in ein paar Minuten nach der Tatbegehung bereits tot aufgefundenen Person die beste Photographie des Mörders gehabt.

Solcher Fälle kann es natürlich eine Masse in der Kriminalistik geben, wenn nur die Umstände danach sind, das heißt, wenn der Ermordete rechtzeitig genug aufgefunden wird. So verzeichne ich auch einen Fall, der sich während der Reinschrift dieser Arbeit ebenfalls in Wien ereignete. In den ersten Januartagen 1919 wurde eine Frau namens Johanna Papier ermordet aufgefunden. Die Mordentdeckung geschah in wenigen Minuten nach der Tatbegehung. Bis zur Stunde ist man meines Wissens des Täters nicht habhaft, und nachdem man es hier mit einem Prostituiertenmord zu tun hat, ist der Fall ein noch mehr schwieriger. Auch für diesen Fall hätte ich die Anwendung des hier besprochenen Vorschlages verlangt. Ich bin überzeugt, er hätte zu einem Ziel geführt.

Im allgemeinen muß sonst, um zur Hauptfrage zurückzukehren, aus kriminalistischem Gesichtspunkt zugegeben werden, daß die Abnahme von Netzhautphotographien bei ermordeten und rechtzeitig aufgefundenen Personen, und zwar von deren beiden Augen, solange der, wenn auch

anfängliche Verwesungsprozeß nicht zu einer Trübung des Auges geführt hat, immer gewisse kriminalistische Vorteile dem Untersuchenden bieten oder zumindest versprechen kann, mag auch nur ein farbloses Bild auf diesem Wege gewonnen werden können. Dieser Weg wird es vielleicht ermöglichen, die Photographie des unbekannten Täters auf diese Weise zu bekommen, oder es wird manchmal vielleicht möglich sein, einen Moment aus der Handlung des Täters festgebannt zu erhalten, und so werden auf diese Weise dem Kriminalisten gewiß nicht zu unterschätzende Vorteile in der Spurenuntersuchung geboten und versprochen, die mitunter recht leicht zur Feststellung der Identität des Täters führen werden können.

In dieser Sachlage braucht vielleicht nicht besonders ausgeführt zu werden, daß die kriminalistische Ausnützung und Verwendung dieser Methode eine entsprechende rein photographische Vergrößerung des auf die erwähnte Art erhaltenen, wenn auch farblosen Bildes erheischen wird.

Es ist vielleicht möglich, daß in vielen Fällen mein Vorschlag zu keinem Ergebnis führen wird. Wird er es aber auch nur in vereinzelten Fällen zu tun vermögen — solche lagen zum Beispiel meiner Meinung nach in den vorstehend geschilderten Tatbeständen vor —, dann wird sich die nicht allzu große, mit dessen Ausführung verbundene Mühe lohnen und es wird auf diese Weise der Kreis der kriminalistischen Spuren und Beweismittel erweitert werden, womit in weiterer Folge ein gerichtlich-medizinischer und ein kriminalistisch-strafprozeßrechtlicher Zweck erfüllt wird, der mit diesem Vorschlag letzten Endes angestrebt war.

III.

So weit reichten ungefähr meine ungekürzten Gedanken und Ausführungen, die ich stark gekürzt und selbstverständlich ohne Berücksichtigung des später Erfahrenen der Schriftleitung der Frankfurter »Umschau« zur Verfügung gestellt habe, die wiederum ihrerseits nur einen geringen Teil ihrer zur Veröffentlichung a. a. O. brachte. Aus früher bereits genannten Gründen ging ich auf eine nähere theoretische Untersuchung der Frage ein und biete im folgenden die Stimmen, Äußerungen, Gedanken, Meinungen und Hinweise derjenigen, die sich meines gewiß nicht vollständigen Wissens früher mit demselben Problem befaßten.

Jules Claretie wirft eine ähnliche Frage der Mörderentdeckung durch eine Netzhautphotographie beim Ermordeten auf. Er beschreibt dies in seinem Roman: »Das Auge des Toten (L'accusateur)« (erschienen in Übersetzung in Engelhorns Romanbibliothek, XV. Jahrgang, 12. Band) und läßt als den Schöpfer dieses Vorschlages den in polizeilichen Diensten

in Paris in Verwendung stehenden Konfidenten Bernardet erscheinen [8]). Der Sachverhalt ist folgender: Ein gewisser Rovères wird ermordet aufgefunden; der erwähnte Bernardet wird durch den Hausbesorger zitiert. Auf diesen machen die weit aufgerissenen Augen des Toten, »die starren, tragischen, drohenden, sprechenden, von Haß, Verachtung, Entsetzen und wildem Widerstand erfüllten Augen« einen mächtigen Eindruck und erinnern ihn an die Literatur, die sich mit Netzhautbilderaufnahmen bei Ermordeten beschäftigt. Er gewinnt für die Durchführung seines Planes der Augennetzhautbildabnahme den Untersuchungsrichter Ginory und trotz der mit Ironie diesen Vorschlag behandelnden Meinung des die Obduktion leitenden Professors Morin, den zweiten Arzt Dr. Erwin, und es gelingt ihm endlich nach der photographischen Netzhautbildabnahme, die ein Bild eines gewissen Dantin widergibt, mit Hilfe eben dieses Bildes den Mörder in der Person eines gewissen Prades zu entdecken. Von Anfang an schwebt dem Bernardet der Gedanke vor: Welch schrecklicher, welch' beredter Zeuge wäre dieser Leichnam, wenn es möglich wäre, daß das Auge des Toten spräche, wenn dieses Organ des Lebens das Geheimnis des Todes einschlösse und aufbewahrte!

Die Namen, die soeben genannt worden sind, sind, wie von selbst erhellt, für die Sache ohne Belang. Ich bin aber gewillt, mich mit den Gedanken, die der erwähnte Verfasser in diesem seinen Buch aufwirft, näher zu befassen, zumal sie einerseits interessante Hinweise enthalten, anderseits aber doch zum eigentlichen Problem in einer Art Stellung nehmen, die zur Klärung der Frage erheblich beizutragen geeignet sind.

Der erwähnte Arzt Dr. Erwin unterstützt während der Obduktion die Vorschläge Bernardets und bemerkt seinerseits zu dessen Gedanken: In der Netzhaut ist ein Stoff von roter Farbe, der Sehpurpur, der für Licht sehr empfindlich ist, enthalten [9]). Auf diesem roten Fleck zeichnen die Gegenstände sich weiß ab. Und ihr Bild kann man festhalten. Edmond Perrier hat in seinem Werk über »Anatomie und Physiologie der Tiere« über folgenden Versuch berichtet: Er riß einem im Dunkeln befindlichen lebenden Hasen ein Auge aus, nahm es in ein finsteres Zimmer und fand, wenn er das Auge in eine Alaunlösung tauchte, wodurch die

---

[8]) Auf diese Quelle machte mich eine an die »Umschau« im Sinne der Aufforderung ihrer Schriftleitung gerichtete Zuschrift aufmerksam. Ich lasse in diesem Abschnitt III Ausführungen folgen, die sich nur äußerlich an diese Quelle stützen, inhaltlich und in ihrer inneren Gedankenkorrespondenz aber auf den Grund unserer Frage eingehen und diese auch grundsätzlich erfassen, somit im engsten Zusammenhang mit allen auch weiter folgenden Gedanken verbleiben. Dieser Arbeitsaufbau erklärt sich aus der Gedankenfolge von selbst.

[9]) Ausführliche Untersuchungen über den Sehpurpur in Verbindung mit der Frage von Netzhautbildern sowie hinsichtlich der photochemischen Vorgänge in der Netzhaut siehe in den Arbeiten des noch im Abschnitt IV dieser Arbeit zu nennenden Professors Kühne zu Heidelberg, den übrigens auch Claretie in seinem Buch erwähnt.

Zersetzung des Sehpurpurs verhindert wird, daß das Bild des Fensters auf dem Grund des Auges erschien[10]).

An verschiedenen hier zusammengetragenen Orten des eingangs erwähnten Buches finden sich mehrere den in Rede stehenden Vorschlag behandelnde Angaben vor, die ich derzeit ähnlich nicht nachkontrollieren konnte. So legt der Verfasser in den Mund des genannten Bernardet folgende Worte:

Um das Jahr 1860 brachten amerikanische Zeitungen, allerdings politische und nicht wissenschaftliche Blätter, eine überraschende Nachricht, worin sie als vollendete Tatsache anführten, daß das Daguerreotyp — und wie hat sich die Photographie seit damals vervollkommnet — es ermöglicht hatte, auf der Netzhaut eines erschlagenen Mannes das Bildnis seines Mörders zu entdecken.

Derselbe Bernardet berichtet weiter — und auch diese Quellenangabe nachzuprüfen war ich nicht in der Lage —, daß er bei der Durchsicht einer Publikation der Gesellschaft für gerichtliche Medizin — offenbar in Paris — vom Jahre 1869 einen Fall angegeben fand, worin Dr. Vernois über eine der Gesellschaft durch einen Provinzarzt Dr. Bourion gemachte Mitteilung der in Rede stehenden Art sich geäußert haben sollte.

Dem Hefte dieser Publikation lag nach seiner Erzählung eine photographische Aufnahme der Netzhaut einer am 16. Juni 1868 ermordeten Frau bei, und es befand sich auch darin ein Gutachten dieser Gesellschaft bzw. des erwähnten Arztes vom 13. Dezember 1869. Endlich sollte in der Publikation dieser Gesellschaft vom Jahre 1870 im Band I Heft 2 noch einmal zu diesem Problem Stellung genommen worden sein.

Über die Ergebnisse dieser angeblichen — denn, wie gesagt, durch mich derzeit nicht nachzukontrollierenden — Versuche[11]) berichtet der Verfasser der so oft erwähnten Erzählung durch den Mund Bernardets was folgt:

Die Aufnahme des die Grundlage der Untersuchung bildenden Mordfalles, der sich am 16. Juni 1868 ereignete, unternahm Dr. Bourion erst am 19. Juni gegen 6 Uhr abends, also am dritten Tag und gewiß auch nicht, wie ich der Meinung bin, unter entsprechenden, das heißt den heutigen Anforderungen entsprechenden, Bedingungen.

Die Versuche Dr. Bourions ergaben hinsichtlich des ermordeten Kindes gar nichts. Bei der ermordeten Mutter war die Sache anders. Nach einem Kreisschnitt hinter die Regenbogenhaut und Abtrennung des Glas-

[10]) Es war mir nicht möglich, die Richtigkeit dieser Quellenangabe nachzuprüfen, habe aber von solchen Versuchen, wie sie Perrier angeblich unternahm, bei Kühne — wie Note 9 und 20 — viele Berichte angetroffen.

[11]) Die Wiener Universitätsbibliothek besitzt von den Mitteilungen der »Société de la médicine légale« Paris, unter der Signatur I 31017, nur den Statutenbericht vom Jahre 1868, mehr — merkwürdigerweise nichts! Andere Büchersammlungen waren mir nicht zugänglich.



körpers [13]) erschien auf dem linken Auge zuerst ein kaum bemerkbares Bild: der Kopf des Hundes. Obgleich das Krystallin mit der Pinzette zu scharf angefaßt war und deshalb diese Pinzette spiegelte, so daß Lichtreflexe auf den Glaskörper fielen, die in der Photographie weiße Flecke ergaben, war trotzdem das auf der Netzhaut festgehaltene Bild vorhanden und kam zum Vorschein. Man konnte den Mörder sehen, wie er den Arm zum Schlage erhob, und den Hund, der zur Hilfe herbeilief.

Siebzehnmal hatte Dr. Vernois, der diese Versuche Dr. Bourions im Auftrage der Gesellschaft überprüfen sollte, den Versuch an Tieren, indem er sie vergiftete oder erdrosselte, wiederholt. Er setzte die Augen der Tiere dem Lichte aus und stellte solche Gegenstände in ihren Gesichtskreis, die, falls sie auf der Netzhaut zurückblieben, leicht erkennbar sein mußten. Die Augen nahm er sofort nach dem Eintritt des Todes heraus und photographierte sie gleich. Um dies bewerkstelligen zu können, hatte er eine Art Malteserkreuz [12]) durch vier Einschnitte an dem Rand der Sklerotika [13]) hergestellt. Er entfernte die wässerige Augenflüssigkeit, befestigte das anatomische Präparat mittels vier Stecknadeln auf Karton und unterwarf die Netzhaut so schnell als möglich dem photographischen Verfahren.

Seine Versuche hatten keine positiven Ergebnisse. Obzwar es rein medizinische Tätigkeit gewesen, die mangels spezialer Kenntnise zu kritisieren mir nicht viel Recht zusteht, will ich doch auf Umstände hinweisen, die meines Erachtens zu diesem negativen Ergebnis beigetragen haben, wenn im Sinne meines früheren Vorbehaltes das hier Beschriebene bzw. nach dem erwähnten Claretie Wiedergegebene überhaupt den Tatsachen entspricht [14]).

Ich muß hier an meine frühere Ausführung anknüpfen und darauf vornehmlich hinweisen, daß Dr. Vernois vielleicht einen falschen Weg betrat, indem er darauf rechnete, daß auf der Netzhaut der so der Wissenschaft geopferten Tiere Bilder von erblickten bzw. wahrgenommenen Gegenständen tatsächlich wie in einer photographischen Kamera wiedergegeben werden. Meines Erachtens hatte er es hier mit einem Fall zu tun, wie ich ihn früher im Fall des bloßen Abspiegelns der Bilder im Auge bzw. der Netzhaut sehen wollte, wobei ich ausdrücklich zwischen dem Fall des Abspiegelns in der

---

[12]) Über die Arten dieser Einschnitte vgl. unten bei den Angaben nach Kühne.

[13]) Das ist die sogenannte Lederhaut oder harte Haut (tunica sclera), die weiße, undurchsichtige, wie Leder biegsame Haut, auch das Weiße im Auge genannt.

[14]) Die folgenden Ausführungen scheinen mir auch deswegen von Bedeutung, weil ähnliche Versuche, wie sie Dr. Vernois unternahm, auch gewiß an anderen Stellen unternommen wurden und mit Ausnahme der Fälle des Professors Kühne ähnlich vom negativen Ergebnis begleitet waren. Für alle diese animalischen Versuchsfälle will ich aber das im Text Angeführte gelten lassen.

Netzhaut, ähnlich wie im Spiegel, und dem Fall der photographisch-ähnlichen Aufnahme auf der Netzhaut unterschied. In den Versuchsfällen, wie sie Dr. Vernois unternahm, sahen die Tiere wohl die in ihren Gesichtskreis gestellten Gegenstände, allein es war dies bloß ein Fall des Sehens ohne Gehirnmitarbeit und seelische Apperzeption. Die Gegenstände erschienen in ihrem Auge und in der Netzhaut wie im Spiegel, und nachdem sie nicht dem die äußeren Eindrücke verarbeitenden Gehirn zugeführt bzw. durch dieses apperzipiert worden, waren sie einem einfachen Spiegelbild gleich, das so lange sich hielt, wie lange eben das gesehene Bild im Gesichtskreis des Auges sich befand. Es mag ja sein, wie wir noch unten hören werden, daß auch in solchen animalischen Fällen Bilder auf der Netzhaut sich abphotographieren und nicht bloß sich abspiegeln können; allein der Fall, wie ich ihn gerade erwähne, und der uns noch später im Laufe dieses Abschnittes im Anschluß an die Versuche Professor Schauensteins beschäftigen wird, setzt eben die Mitwirkung zumindest des Instinktes voraus. Hingegen können, wenn auch und bloß nur, siebzehnmalige Versuche Dr. Vernois mit negativem Ausgang noch nicht völlig ausschlaggebend sein, zumal diesen Versuchen andere mit einem anderen Ergebnis gegenüberstehen, und zumal wir bei den Versuchen Dr. Vernois, mit einem besonderen Fall zu tun hatten, auf den ich eben hinweisen will, und der ganz merkwürdigerweise bei den ähnlichen Versuchen Professor Kühnes gerade nicht zutrifft, wofür ich tatsächlich keine Erklärung abzugeben in der Lage bin.

Dr. Vernois vergiftete oder erdrosselte Tiere, die er seinen Versuchszwecken opferte. Ich habe die unbegründete Empfindung, daß die Versuche an Katzen und Kaninchen, die er unternahm, Versuche an nicht besonders tauglichem Material gewesen, denn für derartige Versuche eignet sich das animalische Material grundsätzlich wenig, wenn auch, wie gesagt, Professor Kühne zu völlig anderen Ergebnissen gekommen ist. Die Tiere reagieren in ihrer Todesangst auf den Anblick der in der letzten Minute ihres Lebens gesehenen Gegenstände jedenfalls anders als Menschen. Der Todeskampf nimmt bei ihnen doch einen anderen Verlauf wie bei den Menschen, wie wir noch unten hören werden. Nur in ganz vereinzelten Fällen bei Tieren, wo sie suggestiv oder instinktiv empfinden können, daß ihnen seitens des gesehenen Gegenstandes ein Unheil droht, kann, wie es in dem durch Professor Schauenstein mitgeteilten Fall vorgekommen ist, möglich sein, daß ihre Netzhaut die Bilder nicht bloß abspiegelt, sondern auch wahrnehmungsweise registriert und aufnimmt. Gerade das durch Professor Schauenstein erwähnte Kalb, das den Schächter sieht, kann in seiner Todesangst, in der es suggestiv oder instinktiv vermutet, daß der Schächter den Todeshieb führen wird, auf der Netzhaut sein Bild registrieren und nicht bloß

in der Netzhaut abspiegeln, weil dieses Kalb nicht bloß — wiewohl mit seinem »kälbernen« Auge — physisch sieht, sondern auch den Eindruck apperzipiert und ihn durch seine Gehirnzellen verarbeiten läßt, daß das gesehene und wahrgenommene Bild eine ihm Unheil bringende Person darstellt. Die Todesangst spielt hier eine bedeutende Rolle bei der Apperzeption mit, und diese Erwägung ist auch ein Umstand, der für Netzhautbilder-Zustandekommen von besonderer Bedeutung ist.

Die Versuche Dr. Vernois waren aber von solcher Art, daß das Tier — die Katze oder das Kaninchen, das erste auch bei seiner Schlauheit — nicht das Bewußtsein von dem kausalen Zusammenhang hatte, der zwischen der Tätigkeit des Arztes und irgendeinem erblickten Bild obwaltet. Warum die Versuche mit dem relativ besseren Material, nämlich mit Hunden, zu keinem Ergebnis führten, ist mir nicht klar, und ich bin auch nicht in der Lage, eine, wenn nur hypothetische, Erklärung hierfür abzugeben. Jedenfalls unternahm Dr. Vernois mit Hunden nur einige Versuche, weil unter der Zahl 17 auch, wie erwähnt, Katzen und Kaninchen gewesen. Diese einigen Versuche können aber nie und nimmer die Stichhältigkeit oder Unstichhältigkeit der Methode beweisen.

Ich komme aber noch einmal zum Fall der Todesangst zurück und bin der Meinung, daß diese, wenn sie den Zusammenhang zwischen der Handlung einer Person und dem gesehenen Bild sowie, wie zum Beispiel beim Menschen, das Sichversetzen und Erkennen der Lage, in der sich der Mensch befindet[15]), erkennt, wobei dieses Bild in der Netzhaut nicht bloß abgespiegelt, sondern durch das angstvoll gereizte Nervenzentrum auch verarbeitet wird, wohl dazu führen kann, daß das registrierte Bild, das keinem anderen, zeitlich später folgenden weichen mußte bzw. durch kein solches später zeitlich folgendes verwischt geworden, daß also dieses Bild auf der Netzhaut nicht bloß wie im Spiegel, sondern wie auf einer photographischen Platte fixiert erscheint. Diese Todesangst kann sich, wie gesagt, beim Kalb äußern, das den Schächter mit dem Beil sieht und dieses physisch gesehene Bild in einen Zusammenhang mit seiner suggestiv und instinktiv empfundenen Todesangst bringt und so durch das Nervenzentrum verarbeiten läßt. Diese Todesangst äußert sich aber nicht in diesem Grade bei einem vergifteten oder erdrosselten Tier, das wohl irgendeinen in dessen Gesichtskreis gestellten Gegenstand sieht, jedoch nur wie im Spiegel abbildet, und dieses gesehene und meines Erachtens geistig nicht verarbeitete Bild, das keinen Eindruck, sondern nur ein Spiegelbild darstellt, in den gewiß nicht vermuteten, auch nicht suggestiv oder instinktiv vermutbaren, — weil eben auf keinem

[15]) Ich setze natürlich bei allen Versuchen an menschlichem Material, wie wir noch unten hören, voraus, daß keine totale Bewußtlosigkeit vorhanden ist, die das Erkennen der Sachlage unmöglich macht bzw. solche ausschließt.

Wege, auch nicht im Unterbewußtsein verarbeiteten, — kausalen Zusammenhang mit dem bei diesem Tier sich ereigneten pathologischen Zustand bringt.

Die Versuche Dr. Vernois' beweisen somit meiner Meinung nach noch lange nichts und hätten mit einem anderen Material, das auf die Todesangst erheblicher reagiert, den Zusammenhang zu erkennen und gesehene Bilder auch geistig zu verarbeiten vermag, unternommen werden sollen. Ich denke hier an das klinische Menschenmaterial[16]), das den soeben genannten Voraussetzungen und Anforderungen entspricht.

Nun kann mir vielleicht entgegengehalten werden, daß es eine Grausamkeit ist, mit dem Menschenmaterial auf diesem Gebiet zu arbeiten. Abgesehen von der Unstichhältigkeit solcher Einwände im Verhältnis und Vergleich zu wissenschaftlichen Forschungen mit dem Spitalsmaterial, abgesehen also davon, lasse ich in dieser Sachlage für mich den erwähnten Bernardet sprechen, der folgendes mit größtem Recht meint:

»Die Aufnahmen der Netzhaut beim Menschen«, über deren Bedeutung und Tragweite vordem so viel gesprochen worden ist, »würden uns das Geheimnis der Agonie enthüllen können. Und wenn ich mich auch täusche — welche Gefahr laufen wir denn mit diesem Versuch? Man wird die armen Augen öffnen, und das wird gewiß unheimlich sein. Aber wenn man den Körper auf der Morgue seziert, wenn man die Wunde erweitert, um sie besser studieren zu können, wenn man in diesem menschlichen Fleisch herumschneidet, wenn darin das Messer des Anatomen wütet — ist das etwa pietätvoller und reinlicher?«

Es gilt doch ein Versuch, der der Kriminalistik unschätzbare Dienste erweisen kann, wenn sich dessen Möglichkeit und Anwendbarkeit eben als wahr und richtig erweisen sollte. Es kommt aber gerade, was dies anbetrifft, auf die Erprobung durch Versuche mit Menschenmaterial an, und diesbezüglich bietet das Spitalsmaterial genug Möglichkeiten. Geht es doch darum, den Zusammenhang zwischen dem zuletzt wahrgenommenen und geistig apperzipierten Bild und dem seelischen Zustand der Todesangst zu erkennen. Besonders bei Mordfällen werden diese Versuche einen günstigen Boden finden können, denn da ist die so oft genannte Grundlage für dieses Studium geboten. Ich glaube mich aber nicht zu täuschen, wenn ich daran denke, daß »die aufgerissenen, starren, tragischen, drohenden, von Haß, Verachtung, Entsetzen und wildem Widerstand erfüllten« — und so oft eben bei Ermordeten anzutreffenden Augen, die gewiß das letztgesehene Bild, das vielleicht auch den Mörder oder einen Teil seiner Handlung dar-

[16]) Ich sehe natürlich angesichts der Bemerkung (in Note 15) ein, daß nicht das gesamte Spitalsmaterial für unsere Versuche in Betracht kommen kann. Die eingeschränkte Zahl ergibt sich von selbst und dürfte auch nicht ganz unerheblich sein.



stellt, gesehen und dieses registriert und geistig verarbeitet haben, zum fürchterlichsten Beweis gegen den Mörder werden können.

* * *

Wenden wir uns aber der weiteren Literaturbetrachtung mit dem so oft geäußerten Vorbehalt zu. Claretie weist in seinem Buch durch den Mund Benardets und seiner Erwägungen sowie Betrachtungen darauf hin, daß Professor Kühne in Heidelberg folgendes Experiment um 1877 gelang: Von toten Hunden oder Kaninchen hob er den inneren Teil des Auges aus, wandte den hinteren Teil um, setzte ihn dem Lichte aus und stellte zwischen das Auge und das Licht ein aus kleinen Eisenblättchen bestehendes Netz. Dieses Netz wurde nach einer Viertelstunde auf der Netzhaut sichtbar[17]).

Ich kann mir das Gelingen dieses Versuches gegenüber den mißlungenen Versuchen Dr. Vernois' nur so erklären, daß wir hier zuerst mit dem Fall der »Nachbilder« zu tun hatten, also der Bilder, die sich im toten Auge bereits bzw. auf der bereits abgestorbenen, noch immer jedoch reaktionsfähigen, in Verwesung aber noch nicht geratenen Netzhaut, abphotographiert hatten. In diesem Fall hatten wir mit einem Vorgang zu tun, der der photographischen Aufnahme auf einer Platte völlig ähnlich ist. Wir werden im Laufe dieser Untersuchung im Abschnitt VI noch hören, daß sich beim lebenden Auge, das nicht nur eine Platte in dessen Netzhaut, sondern eine ganze photographische Werkstatt mit automatisch sich erneuernden Platten darstellt, die Sache ebenso, jedoch in noch mehr vervollkommneter Weise, verhält. Außerdem erkläre ich mir aber diese gelungenen Nachbilderaufnahmen dadurch, daß in ihren Fällen eine ganz außerordentlich langdauernde Expositionszeit einer Platte, deren Wesen soeben erklärt worden ist, stattfand. Nachdem beim bereits abgestorbenen Auge die Regeneration des Sehpurpurs, wie wir noch hören werden, aussetzte, die Netzhaut sich aber noch wie eine aufsaugende photographische Platte, nachdem erst kurz vorher der Tod eintrat, verhielt, war das Zustandekommen solcher Bilder möglich, die jedoch nur einen Sonderfall darstellen und sich mit unserem Fall nicht voll decken, über den später erst die Rede sein soll.

Ich behaupte zwar aus dem schon angeführten Grunde hinsichtlich der Versuche Dr. Vernois' und auch aller anderen ähnlichen, daß sie nicht an völlig tauglichem Material vorgenommen worden sind, gebe aber immerhin die Möglichkeit zu, daß, ähnlich wie in dem durch Professor Schauenstein erzählten Fall, es gerade auch bei Tieren dem Professor Kühne gelingen konnte, auf der Netzhaut registrierte Bilder zu bekommen, zumal wenn es sich um die noch unten im Abschnitt VI zu nennenden Versuche handelt. Aber eben diese

---

[17]) Über andere Versuche vgl. im Abschnitt VI.

Versuche Kühnes beweisen, daß solche von Dr. Vernois nicht völlig erschöpfend gewesen, und was dem einen nicht gelang, das wohl dem anderen gelingen konnte, ein Umstand, der dafür spricht, daß die Methode noch nicht gründlich genug erprobt worden ist.

Endlich findet sich bei dem so oft hier genannten Claretie der Hinweis, daß ein Engländer Rogus in der Zeitschrift: »The Nature« eine Beobachtung veröffentlicht hat, wonach es ihm gelang, das Bild einer von einem Wahnsinnigen längere Zeit betrachteten Briefmarke auf dessen Netzhaut zu entdecken, ein Fall, der gewiß für die Anwendbarkeit der Methode spricht, wiewohl ich bei einem Geisteskranken keine geistige Verarbeitung des Gesehenen in dem Maße wie beim normalen Menschen annehme und viel eher vermute, daß vom Wahnsinnigen gesehene Bilder auf dessen Netzhaut nicht photographiert und in meinem Sinn registriert, sondern nur bloß wie im Spiegel abgebildet vorkommen.

Aber ich lasse die Auseinandersetzung mit dem soeben genannten Fall beiseite und wende mich nunmehr der weiteren Betrachtung der Methode zu:

Nach Plateau (Annalen der Chemie) und Maignan (Repertorium der neueren Optik) beträgt die Dauer der Festhaltung der Bilder auf der Netzhaut höchstens $^{32}/_{100}$—$^{35}/_{100}$, nach d'Arcy bloß $^{13}/_{100}$ Sekunde. Darauf gestützt meint bei Claretie Professor Morin: »Wie kann man hoffen, daß dieses flüchtige, blitzartige Bild noch Stunden oder Bruchteilen der Stunde lang sich halten kann?«

Doch die Meinung scheint mir unrichtig. Wie ist denn der Vorgang beim Photographieren, welchen Fall ich gerade als einen typischen und Musterfall für die besprochene Methode halte? Auch der erwähnte Bruchteil der Sekunde genügt, um auf der photographischen Platte ein Bild zu bekommen, das nicht nur Stunden sondern auch Jahre auf dem Klischee, jedenfalls aber so lange, wie lange das Klischee unverdorben und weiteren photochemischen Vorgängen unausgesetzt bleibt, sich festhält. Für die vorgeschlagene Methode bildet eine unverrückbare Voraussetzung die Annahme, daß das Auge völlig gleich einer photographischen Kamera ist, daß die aufsaugende Platte, die Netzhaut, gleich einem Klischee ist, und daß in beiden Fällen die Bilder sich so lange erhalten können, wielange sie nicht durch ein anderes Bild durchleuchtet werden oder einem später folgenden weichen müssen, jedenfalls aber so lange, wielange die aufsaugende Platte keinen inneren, die Materie zersetzenden, Einflüssen ausgesetzt ist. Sobald diese eintreten, verwischt sich und verschwindet das Bild. In beiden Fällen sind es eben photochemische Vorgänge, die zu dieser Bildänderung und seinem Verschwinden führen.

Unter diesen Voraussetzungen haben wir, nachdem die Argumentation von Professor Morin widerlegt erscheint, mit einem Fall zu tun, der

allerlei Grundlagen für die Möglichkeit der Abphotographierung des Bildes auf der Netzhaut abgibt und für unsere Zwecke ausgenützt werden kann, um so mehr, als wir beim Menschen, dessen Auge die soeben genannte Arbeit verrichtet, noch mit folgenden Erwägungen zu tun haben:

Zuallererst die besprochene Todesangst und ihre Wirkungen. Es kommt hierbei besonders in Mordfällen auf die Intensität des Sehvorganges an, der wohl diejenige Form anzunehmen geeignet ist, die mit so viel plastischen Adjektiven früher genannt worden war. Es kommt aber auch weiter auf die Kapazität der Wahrnehmung, auf die Nervenmitwirkung und ihre Reaktion sowie überhaupt auf die besonderen psychischen Zustände beim menschlichen Individuum an. Die erwähnte Todesangst beeinflußt, wie auch bereits erwähnt, die Kapazität der Wahrnehmung und ihre Intensität und in weiterer Folge endlich auch die Nervenreaktion, worüber schon vordem die Rede gewesen, und die letzten Endes wohl dazu führen kann, daß sich, um mit den Worten des so oft hier genannten Claretie zu sprechen, »eine geheimnisvolle Lebensstärke vom Menschen loslöst und alle diese Kraft sich in diesem einzigen letzten Blick sammelt«, des Menschen, der vielleicht gerade mit seinem Blick den Mörder sieht, dessen Todesangst auf die Nervenreaktion und Registrierung der Vorgänge auf der Netzhaut einen ungemein starken Einfluß ausübt, des Menschen, der leben will, des Menschen, der durch Krankheit zerrüttet in seinem Bewußtsein seine Todesstunde herannahen fühlt, überhaupt des Sterbenden, dessen letzter Blick das Bild, das er zuletzt gesehen, hält und aufbewahrt.

Ich, der, wie oft bereits betont, völlig originär auf die Verwendung des hier besprochenen Vorschlages verfallen bin, will mich zu dessen Verfechter machen und glaube, daß die technischen Errungenschaften, von denen bereits Erwähnung getan worden, die Verwirklichung dieses Vorschlages ermöglichen werden.

Seitdem Dr. Bourion in seiner kleinen Vogesenstadt den Versuch gemacht, welche Fortschritte sind auf allen technischen Gebieten und vornehmlich auf dem der Photographie nachzuweisen? Wieviel grelle Schlaglichter auf das Unendliche, das Unergründliche, das Geheimnisvolle? »Durch das Fleisch hindurch«, schreibt Claretie, »sieht man das menschliche Skelett. Die Bewegung einer Menge kann auf ein Band fixiert werden, dessen drehende Bewegung ihr selbst das Leben wiedergibt. Die Stimme des Menschen, sozusagen die Seele, auf einem Phonographen für die Ewigkeit aufbewahrt! Das Geheimnis ins volle Licht gezogen! Und so viele Geheimnisse zu banalen Wahrheiten geworden!«

Und erst die Erfindungen, seitdem Claretie sein Buch geschrieben...

Seitdem Dr. Bourion in seiner kleinen Vogesenstadt den Versuch unternommen, waren die Instrumente außerordentlich verbessert worden. Und wenn auch die Gesetze der Physiologie des Menschen seither keine

Wandlung erfuhren — was ja natürlich ist —, so haben doch die Forscher Fortschritte gemacht, mit Hilfe welcher es möglich ist, das gestern noch Belächelte heute bereits verwirklicht zu sehen.

Wer weiß, ob in unserem hier besprochenen Fall im Moment der Agonie, da der Sterbende seine ganze Lebenskraft in den letzten Blick sammelt, da ihn die Todesangst und das Todesfieber packen, da er leben will und mit dem Tode ringt, da er vielleicht auch seinen Mörder sieht — wer weiß, ob in diesem Moment nicht auch die Netzhaut eine hundertfache Macht hat, mit der sie die Kraft dieses letzten Blickes eigenartig verändert und verstärkt: Wer weiß, ob dies gerade und besonders einem gesehenen und unverhofften Mörder gegenüber nicht zutrifft!

Aus Erfahrungen mit selbstmörderischen oder verunglückten Ertrinkenden, so auch, wie zuletzt Dr. Henel in der Dresdner Ärztegesellschaft bezüglich der abstürzenden Touristen dargetan[18]), aus Erfahrungen mit all solchen Personen, die dem Tode entrissen wurden, weiß man allgemein, daß in der letzten Sekunde des Bewußtseins dieses Ertrinkenden oder Abstürzenden wie durch einen Blitzstrahl plötzlich ein unermeßliches Panorama ihm sichtbar wird, das die lange Kette der Erinnerungen von der Kindheit bis zum letzten Tage in einer rapiden Verkürzung vor die Augen stellt. Ein ganzes Leben in einer einzigen heftigen Gehirnerschütterung und nur mit dem geistigen Auge gesehen ...

Könnte der Blick des Sterbenden nicht mit derselben dauerhaften Intensität einen einzigen Punkt festhalten, wie das Gedächtnis des Sterbenden mit einem Schlag, in einer Sekunde, die Erinnerungen eines ganzen Lebens heraufbeschwört — einen Blick, der im Mordfall gerade auch das Bild des Mörders wahrnimmt?

Und doch ist das eine ein reines Phantasiegebilde, von dem der Sterbende nichts wirklich sieht, während das Bild der Netzhaut im zweiten Fall real ist, etwas Tatsächliches, das mittels Sinnen von der Außenwelt physisch gesehen und apperzipiert wird!!!

IV.

Ich habe mich im vorstehenden mit den Ausführungen, die im erwähnten Buch von Claretie enthalten sind, eingehender befaßt und auch die Begründung, die etwa gegen meinen Vorschlag und die Methode als solche sprechen könnte, zu widerlegen versucht. Ich glaube, trotz der überaus leichten Behandlung des Stoffes, nach meinem besten juristisch-kriminalistischen Wissen und Können vorgegangen zu sein, wobei ich auch meine allgemeinen Kenntnisse verwertete. Wenn aber die hier einschlagende medizinische Begründung etwas zu wünschen übrigläßt, so will ich bemerkt haben, daß ich als Jurist mir auf diesem

18) Auf Grund einer Mitteilung im »Wiener Tagblatt« Mitte Juli 1919.

Gebiete keine Sonderkenntnisse zueigne, vielmehr eben noch einmal ausdrücklich betone, daß ich nur weitere Versuche der geschilderten Art wünsche. Ich glaube nicht, einen gering zu schätzenden Vorschlag geäußert zu haben, zumal sich mit ihm auch früher strenge medizinische Wissenschaft und Literatur befaßten. Wenn es aber seinerzeit keine Erfolge auf diesem Gebiete gegeben, so soll es doch dem allgemeinen Fortschritt gegenüber nicht heißen, daß auch heute und morgen solche Erfolge nicht möglich seien.

Und nun wende ich mich der weiteren Betrachtung der mir auf dem erwähnten Weg bekannt gewordenen schönen Literatur zu, die nach den Worten Weingarts auch einem Kriminalisten eine Anregung zu bieten in der Lage ist. So behandelt auch Jules Verne eine ähnliche Frage in seinem Reiseroman: »Die Gebrüder Kip«[19]), nur daß seine physikalische und medizinische Voraussetzung allzu unwahrscheinlich und beinahe unmöglich klingt. Er läßt nämlich das Bild der Mörder des Kapitän Gibson in einer photographischen Bildaufnahme des Toten bzw. seiner Augen (?) erblicken, welche Aufnahme des Andenkens halber an der Mordstelle in Kerawara der Freund des Ermordeten, Hawkins, besorgte. Nach der Entwicklung der Platte und der Vergrößerung des photographischen Bildes, die erst mehrere Monate nach der Tatbegehung erfolgen, erkennt der Sohn des Ermordeten, Nat Gibson, im Hintergrund des Augenbildes auf der vergrößerten Photographie (?) und somit auch in dem vergrößerten Netzhautbild (von außen auf einer Photographie gesehen???) in all ihrer blutgierigen Wildheit die Gestalten der beiden Mörder: Flig Balts und Vin Mods.

Verne befaßt sich weniger mit der wissenschaftlichen Erfassung der Frage von Netzhautbildern, als mit der Reiseschilderung, die ja eigentlich den Inhalt seiner Erzählungen ausmacht. Erst zum Schluß des zweiten Bandes löst er das Geheimnis des Mordes auf die vorstehend erwähnte Weise auf und bemerkt in dem unmittelbar darauffolgenden Schlußkapitel was folgt:

»Schon seit einiger Zeit ist durch merkwürdige ophthalmologische Versuche, die von Gelehrten und Beobachtern ausgeführt wurden, nachgewiesen worden, daß sich Gegenstände der Außenwelt, die sich nur einmal auf der Netzhaut abspiegelten, auf dieser lange Zeit erhalten können. Das Organ der Gesichtssinne enthält einen besonderen Stoff, den Netzhautpurpur, auf dem sich die Bilder genau fixieren. Man kann sie sogar in voller Klarheit erkennen, wenn das Auge nach dem Ableben herausgenommen und in ein Alaunbad gelegt werde.«

Verne bemerkt zu dieser Frage nichts mehr, und ich sehe auch von seiner sehr ungenauen Ausdrucksweise, wie sie oben angegeben, ab,

---

[19]) Kollektion Verne, Band 81 und 82, Verlag A. Hartleben, Wien, Pest und Leipzig.

zumal im Abschnitt III der Grund der Frage zur Genüge behandelt worden ist. Ich habe nur auf diese literarische Stelle deshalb hingewiesen, weil eine Zuschrift an die Schriftleitung der erwähnten »Umschau« sich auf diese Quelle berief und ich sie daher der Vollständigkeit halber anführen wollte. Mehr findet sich, wie gesagt, bei Verne nicht vor, und ich habe meinerseits auch nichts mehr zu dieser Quellenangabe hinzuzufügen.

V.

Der früher bereits genannte Grazer Oberstaatsanwalt und Hofrat, jetzt Senatspräsident, Dr. Alfred Amschl, dessen wohlwollender Liebenswürdigkeit ich auf wissenschaftlichem Gebiet sehr viel verdanke, was hier öffentlich auszusprechen mir gestattet werde, machte mich in Beantwortung der Zusendung meines angeführten Aufsatzes aus der »Umschau« darauf aufmerksam, daß er in den Vorlesungen des Professors Dr. Schauenstein zu Graz seinerzeit über einen Fall berichtet hören wollte, wo der soeben genannte Professor einen Fall schilderte, in welchem auf der Netzhaut eines Kalbes das Bild des Schächters zu sehen gewesen. Auf meine Anfrage bezüglich einer etwaigen wissenschaftlichen oder literarischen Quelle, die sich auf diese Mitteilung bezöge, ließ mir Senatspräsident Amschl ein Schreiben zukommen, worin er mitteilte, in dem «Lehrbuch der gerichtlichen Medizin» von Schauenstein scheine nichts darüber vorzukommen, ein Umstand, den ich meinerseits beinahe gleichzeitig mit dem Schreibenerhalt feststellte. Mit seinem Brief ließ mir aber Senatspräsident Amschl auch ein Schreiben zukommen, welches er in meiner Sache von dem Grazer gerichtlich-medizinischen Institut erhielt, und welches von Hofrat Professor Dr. Kratter unterschrieben gewesen. Senatspräsident Amschl hat mir keine andere Quelle angegeben und war bemüht, was meinen Vorschlag anbelangt, mir eine Äußerung zuzusenden, welche ich soeben erwähnte, und welche natürlich als ein Privatschreiben an ihn gerichtet war.

Schon aus diesem Grund muß ich mich jeder Kritik an diesem Schreiben enthalten und will nur aus demselben mit der Bewilligung des Senatspräsidenten Amschl und Professors Kratter folgendes anführen:

»Theoretisch steht fest, daß am Augenhintergrunde auf der Netzhaut auch ein letzter optischer Eindruck nur dann reproduzierbar festgehalten werden könnte, wenn, das Auge als Kamera betrachtet, bei sehr starker Lichtquelle wenigstens eine Expositionsdauer von einer Viertelstunde stattfände. Ob ein solches theoretisch möglich erscheinendes Bild auch dann entwickelt werden könnte, ist im höchsten Grade zweifelhaft, jedenfalls bisher noch niemals gelungen, wie überhaupt gar keine Reproduktion eines letzten optischen Eindruckes bei einem verstorbenen Menschen möglich war.

Vom Standpunkt der forensischen Praxis ist daher die Frage, ob ein Mörder erkannt werden könnte, durch den Versuch einer photographischen Entwicklung des letzten optischen Eindruckes, mit voller Bestimmtheit zu verneinen. Dies ist auch der Grund, warum in der ernsten forensischen Literatur auch nur von einer theoretischen Möglichkeit eines solchen Verfahrens nicht gesprochen wird.«

Wie bereits hervorgehoben, ist das Schreiben, dem nur diese Zeilen mit Übergehung anderer auf die Sache selbst sich nicht beziehenden entnommen wurden, ein Privatschreiben gewesen, mit dem ich auch, wie bereits erwähnt, schon aus diesem Grund nicht polemisieren kann. Ich mute mir auch nicht im geringsten solche Kenntnisse zu, die sich mit den Fachkenntnissen Professors Kratter vergleichen ließen. Allein im Zusammenhang mit all meinen vorstehenden Ausführungen will ich nur so viel bemerkt haben, daß Professor Kratter die theoretische Möglichkeit eines solchen Bildes zugibt, obzwar er an anderer Stelle seines Schreibens sich wiederum einigermaßen dagegen verklausuliert, und daß eben diese, ohne nähere Begründung zu einer Verneinung der Frage schlechthin führende Verklausulierung mit meinen vorstehenden und noch folgenden Ausführungen sich nicht in einen Einklang bringen läßt.

Ich will wegen dieser Nichtübereinstimmung, die sich dem aufmerksamen Leser meiner Ausführungen von selbst aufdrängen wird, mich auch nicht weiter in Sachen meines Vorschlages auslassen, möchte aber noch einmal an dieser Stelle betonen, daß ich mit diesen Zeilen nichts mehr anstrebe, als einen neuen Anstoß der Wissenschaft der gerichtlichen Medizin und der Kriminalistik zu geben, die Möglichkeit dieses Vorschlages praktisch in einer Reihe von Fällen, die sich entweder auf Mordereignisse oder auf das Spitalsmaterial beziehen, zu überprüfen. Weist die Praxis, die natürlicherweise sich nicht auf einige Fälle beschränken darf, sondern Hunderte und Tausende von Versuchen umfassen muß, weist also die Praxis die Möglichkeit und Anwendbarkeit dieser Methode nach, dann ist ein ungeheuerer Fortschritt der Kriminalistik und der gerichtlichen Medizin geboten, wie ich es zum Schluß des zweiten Abschnittes hervorhob. Zeigt sie aber, daß solche Versuche zu keinen Ergebnissen führen, dann ist doch nichts verloren worden. Fortschritte der Wissenschaft lassen sich, wenigstens auf unserem und ähnlichem experimentellen Gebiet, nur durch Versuche erzielen, über die, solange sie nicht hundert- und tausendmal unternommen, nicht gespottet werden kann, um so mehr, als die theoretische Möglichkeit für sie zweifelsohne gegeben erscheint.

Wenn, wie bereits ausgeführt, der Körper des Ermordeten oder des im Spital Verstorbenen auf den Seziertisch gebracht wird, wenn das Messer des Anatomen darin im Namen der Wissenschaft wüten kann, so kann auch der Versuch mit Netzhautphotographien im Auge unter-

nommen werden, ein Versuch, der schon früher zur Genüge verteidigt worden ist. Gelingt er, dann hat die Wissenschaft einen Fortschritt von ungeheuerer Tragweite errungen, gelingt er nicht, dann hat er zu keinem Nachteil für irgend jemanden geführt.

VI.

In den durch Geheimrat Professor Dr. Wilhelm Kühne herausgegebenen und im Verlage von Carl Winter zu Heidelberg erschienenen »Untersuchungen aus dem physiologischen Institut der Universität Heidelberg« finden sich mehrere, fast alle von Professor Kühne stammende Abhandlungen, die zur Frage der Netzhautbilder — Optogramme nennt sie Kühne — Stellung nehmen[20]), und wo auf Grund vieler durch ihn mit Tieren, wie Kaninchen, Fröschen, Vögeln usw., unternommenen Versuche die Möglichkeit des Vorkommens solcher Optogramme zugegeben wird. Kühne gibt weiter an, daß ihm Versuche an Menschen aus dem Grunde nicht möglich waren, weil er eben über kein Material verfügte. Er berichtet in den Jahrgängen 1878—1881 dieser »Untersuchungen« bloß über drei menschliche Fälle, wo ihm zweimal Spitalsmaterial und das drittemal der Leichnam eines Hingerichteten zur Verfügung stand, und erklärt, daß seine Untersuchungen über Sehpurpur sowohl bei Tieren wie in den soeben erwähnten Fällen bei Menschen zu denselben und völlig gleichen Ergebnissen geführt haben.

Mit der Einschränkung, daß wohl Abweichungen in der Netzhaut sowie ihren Bildern wegen Krankheit, in einem Fall, der ihm zur Verfügung stand: Phthisis, im anderen: Typhus[21]), vorkommen können, gibt aber Kühne, wie gesagt, die Möglichkeit des Vorhandenseins solcher Optogramme zu, was ja für unsere Folgerung von höchster Bedeutung ist, bemerkt weiter, daß die Netzhaut sich nicht nur wie eine photographische Platte, sondern wie eine ganze photographische Werkstatt verhält[22]), und gibt seine Meinung ausdrücklich dahin ab, »es müsse im herausgenommenen

[20]) Zu diesen Arbeiten gehören vornehmlich: Zur Photochemie der Netzhaut, — Über der Sehpurpur — Untersuchungen über den Sehpurpur — Über die Darstellung von Optogrammen im Froschauge — Untersuchungen über den Sehpurpur (Fortsetzung) — Untersuchungen über den Sehpurpur (Schluß) — Beobachtungen an der frischen Netzhaut des Menschen — Über Regeneration des Sehpurpurs beim Säugetier usw.

[21]) Damit keine Nachbilder bei den im Spital Verstorbenen auf ihrer noch reaktionsfähigen Netzhaut entstehen, wurden die Augen rechtzeitig mit einem Tuch zugedeckt, ein Verfahren, daß die Möglichkeiten, die in der Note 6 allgemein aufgeworfen sind, berücksichtigt. Bei einem Ermordeten ist dies natürlich unanwendbar, doch besteht die Gefahr solcher Nachbilder in geringerem Maße, wenn das Opfer, dem Mörder mit dem Gesicht zugewendet, mit den Augen eben den Mörder sieht und diesen Mörder mit Haß, Entsetzen usw. anschaut.

[22]) In der im Band I genannter Untersuchungen enthaltenen und bereits angeführten Arbeit: Zur Photochemie der Netzhaut.



Auge möglich sein, das Bildchen, welches der dioptrische Apparat im Hintergund entwirft, auf der Netzhaut wiederzufinden«[23]). Er meint weiter, daß, »da das normale Sehen nur möglich ist, wenn steter Ausgleich zu dem Bleichen des Sehpurpurs in den Stäbchen und der purpurerzeugenden Tätigkeit des Retinaepithels besteht[24]), man überdauernde Optogramme erwarten wird dürfen, wo jeder Ausgleich gestört ist, also auch bei Todeseintritt, wo das Epithel nichts mehr leistet«. Wo also die Regeneration des Sehpurpurs ausbleibt, müssen wir ein Optogramm annehmen. »So ist auch bei absterbend exponiertem Auge diese Möglichkeit gegeben, die postmortale Optogramme zur Folge haben kann.«

Klarer kann es nicht ausgedrückt werden!

Als das entsprechende Verfahren zur Einsichtnahme in die Netzhaut schlägt Kühne weiter vor, die Augen äquatorial zu teilen, den Glaskörper mit einem Stoße aus der hinteren Hälfte herausfallen zu lassen, mit einem passenden Locheisen, während das Auge auf dem Tisch ruht, von innen auf die Papille zu drücken, wobei die Retina im Umkreise des Sehnerveneintrittes einen Zirkelschnitt erhält, und zuletzt sie unter NaCl von 0,5 % mit möglichst feinen Hakenpinzetten abzuziehen, endlich die so abgezogene Netzhaut nach einem 4 %igen Alaunbad bei den Konjunktivaresten zu befestigen und das auf diese Weise erhaltene Optogramm später photographisch zu vergrößern.

Auch diese Quelle also, auf die ich dank dem allgemeinen Claretieschen Hinweis, ohne noch die Antwort der Heidelberger medizinischen Fakultät erhalten zu haben, nach mühseligem Suchen gekommen, und welche ihre weitere Unterstützung in den Veröffentlichungen von Boll im »Archiv für Anatomie und Physiologie 1877, Heft 1« sowie in weiteren Veröffentlichungen Kühnes im »Centralblatt für med. Wiss. Nr. 3 und 4« findet, ist für unsere Frageerfassung von größter Bedeutung, und ich muß nur lebhaft bedauern, mich auf die späteren Versuche der Heidelberger medizinischen Fakultät, worauf mich der erwähnte Herr Kunzle aufmerksam gemacht, aus dem Grund nicht berufen zu können,

---

[23]) In der ebenda enthaltenen Arbeit: Über den Sehpurpur. Entgegen der früher angeführten Meinung Professors Kratter, ein neben Schauenstein neuerlicher Beweis, daß sich ernste forensische bzw. medizinische Literatur mit solchen Untersuchungen befaßte.

[24]) Ich habe schon früher auf die Ähnlichkeit und die Unterschiede zwischen der Netzhaut und einer photographischen Platte beim photographischen Verfahren hingewiesen. An dieser Stelle wiederhole ich im Zusammenhang mit dem soeben Angeführten, daß eine photographische Platte nur einmal ihren Dienst versehen kann und nur eine einmalige photochemische Einwirkung zuläßt. Die Netzhaut, die sich wie eine ganze photographische Werkstatt verhält, läßt eine immer sich erneuernde Möglichkeit ihrer Verwendung zu, zumal das Retinaepithel nach einer jeden Bildaufnahme den Sehpurpur von selbst erneuert und so sich dieser für neue Aufnahmen fertig vorfindet.

weil meine zweimal an diese Fakultät gerichtete Anfrage unbeantwortet geblieben ist[25]).

Der Zuschrift des genannten Herrn Kunzle entnehme ich, daß die Versuche Professors Knauff von keinem positiven Ergebnis begleitet waren[25]); allein nach wie vor kann ich nicht umhin zu wiederholen und zu betonen, daß einzelne an menschlichem Material unternommene und negativ ausgefallene Versuche noch nicht den Abschluß unserer Fragebetrachtung bilden können, daß vielmehr Versuche und Versuche, besondes bei Mordfällen, zu unternehmen sind, und wenn auch nur einer auf hundert von ihnen glücken und für unsere kriminalistischen Zwecke angewendet zur Mörderentdeckung führen sollte, dadurch ein kriminalistischer Erfolg zu verzeichnen wäre, der wohl die Versuche und die Mühe lohnen würde, die bereits zur Genüge in den vorstehenden Abschnitten dieser Arbeit verteidigt worden sind.

VII.

Schon während der Reinschrift dieser Arbeit im Dezember 1918 benutzte ich die Gelegenheit, über diesen meinen Vorschlag mit dem Wiener Oberlandesgerichtsrat Dr. Siegfried Jacob, der früher bedeutender Untersuchungsrichter in Wien gewesen, zu sprechen. Oberlandesgerichtsrat Dr. Jacob bestätigte die Möglichkeit meiner Ausführungen, und zwar auf Grund der ihm nicht mehr erinnerlichen Literaturausführungen. Der Zufall wollte es, daß während unseres Gesprächs in unsere Gesellschaft auch Gerichtsarzt Professor Dr. Hövel kam, der theoretisch vollauf die hier besprochene Möglichkeit zugab. Auf die an ihn durch Oberlandesgerichtsrat Dr. Jacob gerichtete Anfrage, ob denn die Wiener Prosektoren bei den Obduktionen auf diese Tatsache ihre Aufmerksamkeit lenken, wußte Professor Dr. Hövel nur eine verneinende Antwort zu geben, worauf Oberlandesgerichtsrat Dr. Jacob der Meinung gewesen, es dürfte sich doch wohl lohnen, solche Versuche zu unternehmen. Er hat damit also dasjenige ausgesprochen, was ich durch diese Arbeit verfolge, und was ich zu rechtfertigen nach besten Kräften erstrebt habe, um so mehr, als der früher genannte Grazer Senatspräsident Dr. Amschl in einer anderen, späteren, auf dieselbe Frage sich beziehenden, Zuschrift an mich der Meinung gewesen, daß, »wenn auch nur ein ganz vereinzelter Fall auf diese Weise aufgeklärt wird, die Kriminalistik und ihre hier besprochene Methode schon Bedeutendes geleistet haben werden«.

VIII.

Damit habe ich diese Arbeit Anfang Januar 1919 abgeschlossen und sie für die Veröffentlichung reingeschrieben. Wegen meiner damals

[25]) Vgl. jedoch im Abschnitt VIII.



plötzlich erfolgten Abreise aus Wien, die eine mehrmonatige Abwesenheit zum Gefolge hatte, verzögerte sich die Veröffentlichung dieses Studiums, das noch wegen später durch mich in Erfahrung gebrachter Tatsachen und Zustände wie folgt ergänzt wird:

Erst im Laufe des Monats Februar 1919 bekam ich eine Zuschrift der Heidelberger medizinischen Fakultät, die ein wenig das durch mich früher Gesagte ändert, so zuallererst in der Richtung, daß einmal diese Antwort, deren Ausbleiben ich bedauerte, angetroffen ist, sodann aber auch in der Richtung, daß Professor Kühne wohl seinerzeit die einschlägigen Versuche unternommen, Professor Knauff jedoch sich nur damit in seinen Vorlesungen über gerichtliche Medizin befaßte, nicht aber eigene Versuche anstellte[26]). Die Antwort der Fakultät war von den Herren Professor und Dekan Dr. Ernst sowie Professor Dr. Gottlieb, wie denn endlich vom greisen Geheimrat Professor Dr. Knauff unterschrieben, welchen ich meinen verbindlichsten Dank für diese Mitteilung an dieser Stelle ausspreche.

Die Antwort zählt mir die Veröffentlichungen Professors Kühne auf, die ich, wie erwähnt, selbst mir entdecken mußte, zumal Claretie nur den bloßen Namen des Verfassers nannte. Diese Arbeiten habe ich vordem im Abschnitt VI angeführt, und sie lassen auch die Sachlage so erscheinen, wie ich sie früher geschildert habe.

An der Hand der hier genannten Veröffentlichungen ist somit zu ersehen, daß zu Heidelberg Professor Kühne Versuche einschlägiger Art angestellt und die durch mich völlig originär neu aufgeworfene Frage theoretisch sowie auch in verschiedenen Fällen praktisch im vollsten Umfange bejahend beantwortet hat. Seine Argumentation ist so sonnenklar, daß ich kein Wort mehr hierüber zu verlieren hätte, wenn nicht eine neue Veröffentlichung erschienen wäre, über die ich im folgenden Schlußabschnitt zu sprechen komme.

IX.

Ähnlich reserviert wie der im Abschnitt V genannte Professor Kratter verhält sich auch Dr. Schneickert zu unserer Frage, wenn auch wiederum mit Verklausulierungen, die doch letzten Endes eine Möglichkeit solcher nicht negativer Versuche als nicht ausgeschlossen erscheinen lassen. Dr. Schneickert, Leiter des Berliner Erkennungsdienstes, wirft die Frage der Netzhautbilder im Auge der Ermordeten im Band 40 Heft 2 der »Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft«[27]), etwa März oder April 1919 erschienen, auf[28]), offenbar durch meine Mitteilung

---

[26]) Unrichtig also das früher Mitgeteilte!

[27]) Verlag J. Guttentag, Berlin.

[28]) Die Liebenswürdigkeit des Senatspräsidenten Dr. Amschl ließ sich nicht nehmen, mich auf diese Quelle, die mir ohnehin bekannt geworden, aufmerksam zu machen. Für das so rege mir entgegengebrachte Interesse nochmals, Herr Senatspräsident, meinen verbindlichsten öffentlichen Dank.

in der Frankfurter »Umschau« angeregt, denn sonst ist mir eine ähnliche Veröffentlichung aus den letzten Jahren unbekannt, und spricht sich zur Sache folgend aus:

»Wenn die lichtempfindliche Netzhaut auch eine gewisse Wirkungsgemeinschaft mit der lichtempfindlichen photographischen Platte hat, so wäre nach menschlicher Berechnung das Netzhautbild entweder durch die mehr oder weniger rasche Aufnahme eines umherblickenden Auges infolge der verschiedenen Bildeindrücke überdeckt, also zu undeutlich oder durch eintretende Zeitdifferenzen zwischen Sehen und photographischer Aufnahme zu verschwommen, um überhaupt ein für die Wiedererkennung brauchbares Bildnis eines kurz vor Eintritt des Todes im Auge festgehaltenen Menschen zu gewinnen. Die Nachfrage bei Sachkundigen bestätigte auch diese Auffassung, die Fixation eines Gegenstandes in der Netzhaut sei nur eine vorübergehende, mit der Lichterregung der Netzhaut wieder verschwindende. Im Tode trübe sich die während des Lebens durchsichtige Netzhaut schnell. Die Wahrscheinlichkeit, auf photographischem Wege eine Abbildung des letzten Netzhautbildes eines Toten zu gewinnen, ist demnach eine äußerst geringe.«

Diese hier wiedergegebene Meinung eines Kriminalisten von dem Schlage, wie Dr. Schneickert es ist, verdient schon mit Rüchsicht auf den Namen des sie Vertretenden ein näheres Studium. Dr. Schneickert verfällt leider durch seine Verklausulierung in einen ähnlichen Fehler wie Professor Dr. Kratter. Dr. Schneickert begeht einen Irrtum, wenn er bloß eine bedingte Möglichkeitsanalogie zwischen dem Auge und einem photographischen Apparat annimmt. Es ist absolut unrichtig, nur eine gewisse Wirkungsgemeinschaft zwischen beiden anzunehmen, wenn man meine Darlegungen im Abschnitt II sowie die angeführten Darlegungen im Abschnitt III und VI des näheren in Erwägung zieht und sich die völligste Analogie der Lichteinwirkungen auf die photographische Platte und auf die Netzhaut sowie auf ihr Verhalten vor Augen hält. In beiden Fällen sind es Lichtreflexe, die einmal photochemische Wirkungen auf der Netzhaut, ein anderes Mal auf der photographischen Platte auslösen; in beiden Fällen haben wir mit einer ganz ähnlichen, ja fast derselben chemischen Reaktion der Platten zu tun, in beiden Fällen kommt das Bild nach optischen Grundsätzen in derselben Weise zustande, in beiden ist es ebenso verkleinert, umgekehrt und reell. Der einzige zwischen beiden Platten bestehende Unterschied ist nur der, daß sich die Netzhaut im Auge nicht wie eine einzige photographische Platte, sondern, wie Professor Dr. Kühne angibt, wie eine ganze photographische Werkstatt verhält. Denn eine einmal benützte photographische Platte, auf der ein Bild im Wege photochemischer Lichteinwirkungen und -reaktionen entsteht, erfüllt nur einmal diesen Dienst, wogegen die Regeneration des Seh-

purpurs im Auge und auf der Netzhaut nach einem jeden wahrgenommenen und auf der Netzhaut registrierten Bilde, wie Professor Kühne a. a. O. ausführt[29]), dazu führt, daß die Netzhaut ständig und automatisch ihre neuen Dienste als photographische Platte versehen kann, indem nach einer jeden Bildregistrierung und nach einem jeden darauffolgenden Verschswinden dieses Bildes, das Sehpurpur von selbst auf immer derselben Netzhaut sich erneuert und die Verwendung immer derselben Netzhaut für spätere Aufnahmen möglich macht, so als ob im photographischen Apparat ein jedes Mal für eine jede Bildaufnahme eine neue Platte verwendet worden wäre. Sagt doch Professor Dr. Kühne ganz ausdrücklich, und diese Meinung möge hier des Zusammenhanges in der Darstellung wegen noch einmal in Erinnerung gerufen werden, daß, »da das normale Sehen nur möglich ist, wenn ein steter Ausgleich zu dem Bleichen des Sehpurpurs in den Stäbchen[30]) und der purpurerzeugenden Tätigkeit des Retinaepithels[31]) besteht, daß man also überdauernde Optogramme«, wie Kühne sie nennt, »erwarten wird dürfen, wo jeder Ausgleich gestört ist«, also mit dem Momente, wo die Regeneration mit dem Todeseintritt aufhört oder, wie Kühne es sagt, »also auch bei Todeseintritt, wo das Epithel nichts mehr (sc. von dieser Regenerationsarbeit) leistet«. »Wo also die Regeneration des Sehpurpurs ausbleibt«, führt weiter Kühne a. a. O. aus, »müssen wir ein Optogramm annehmen. So ist auch bei absterbend exponiertem Auge diese Möglichkeit gegeben, die postmortale Optogramme zur Folge haben kann«.

Die Annahme Dr. Schneickerts scheint mir also durch diese Beweisführung Professors Kühne völlig widerlegt, zumal Dr. Schneickert wiederum meines Erachtens nicht ganz richtig den Fall des »umherblickenden« Auges annimmt. Gerade bei einem Mordfall kann es vorkommen, daß das Auge des Ermordeten den Täter, nachdem es vielleicht möglicherweise früher nach Hilfe umhergeblickt, fixierend ansieht und in der Todesangst, in der Furcht und Verwunderung ob der verübten Tat dank besonderer Intensität dieser Blick von der Art sein kann, wie ihn Claretie durch den Mund Bernardets zur Genüge plastisch beschrieben.

Dr. Schneickert nimmt weiter unrichtig an, daß das Bild in diesem umherblickenden Auge infolge verschiedener Bildeindrücke überdeckt, also zu undeutlich oder durch eintretende Zeitdifferenzen zwischen Sehen

[29]) Ähnlich fand ich zuletzt analoge Verweise bei Hermann, Handbuch der Physiologie.

[30]) Photographische Aufnahme, photochemische Einwirkung und Reaktion, Abnützung der Platte.

[31]) Regeneration und Wiederherstellung der Platte für neue Aufnahmen.

und photographischer Aufnahme zu verschwommen erscheinen wird, um überhaupt ein für die Wiedererkennung brauchbares Bildnis eines kurz vor Eintritt des Todes im Auge festgehaltenen Menschen zu gewinnen.

Wenn das einmal auf der Netzhaut registrierte Bild durch andere Eindrücke überdeckt wird, wenn es also, wie ich mich früher ausdrückte, einem zeitlich später folgenden weichen muß, dann ist es nicht nur undeutlich, sondern besteht auf der Netzhaut überhaupt nicht mehr. Die Netzhaut hat ihren Klischeedienst einmal geleistet, die Platte ist einer photochemischen Wirkung ausgesetzt und dadurch unbrauchbar gemacht worden, es tritt nunmehr, bei Lebzeiten des Blickenden natürlich, die geschilderte Regeneration ein, die Netzhaut ist wiederum zum neuen Gebrauch fertig, von einem früheren Bild ist aber infolge der Regeneration und Verschwinden der früheren photochemisch registrierter Vorgänge keine Spur mehr. Wie lange aber diese Regeneration nicht eingetreten, oder sobald sie, wie beim Todesfall, aufgehört hat, wie lange also das zuletzt bzw. einmal registrierte Bild auf der Netzhaut da ist und einem später zeitlich folgenden nicht weichen muß, ist es zu sehen und für unsere Zwecke als »überdauerndes« (Kühne a. a. O.) zu gebrauchen.

Die Einwirkung der Zeitdifferenzen zwischen Sehen und photographischer Aufnahme des Bildes auf der Netzhaut wird aber wiederum von Dr. Schneickert nicht richtig erfaßt. Wenn eine gewöhnliche Bildaufnahme mittels eines guten photographischen Apparates eines verhältnismäßig geringen Bruchteiles einer Sekunde zu ihrer Vollführung bedarf, so braucht ein derart hervorragender Apparat mit einer derart reaktionsfähigen Linse, wie ihn das Auge darstellt und hat, gewiß nicht mehr. Von einem Verschwommensein kann wiederum keine Rede sein. Kommt ja das Bild in beiden Fällen, das heißt in der Netzhaut und auf der photographischen Platte in derselben Weise zustande, und unterliegt es denselben Gesetzen. Wie lange es aber auf der Netzhaut einmal da ist, und wie lange es sich nach den genannten Grundsätzen festhält, ist es, abgesehen von den mehr oder weniger günstigen Lichtbedingungen relativ klar, jedenfalls wegen genannter Zeitdifferenzen nicht verschwommen, wenn auch, wie ausgeführt, farblos. Es kann somit unserer kriminalistischen Wissenschaft alle die Dienste erweisen, über die vordem gesprochen worden ist.

Die Fixation des Bildes auf der Netzhaut ist endlich nach dem, was früher gesagt worden ist, nicht eine mit der Lichterregung der Netzhaut vorübergehende, sondern eine so lange sich anhaltende, bis ein neues Bild an diese Stelle tritt oder zumindest neue photochemische Wirkungen sich einstellen, wiederum ganz analog wie bei der photographischen Platte, die jedoch eine Platte nur ist, wogegen die Netzhaut eine ganze photographische Werkstatt darstellt und neue Platten für jedesmaligen Gebrauch selbst produziert. Solange kein neues Bild auf der Netzhaut erscheint, solange keine Regeneration

des Sehpurpurs eintritt, die erst in einer neuen Lichterregung ihren Grund hat und beinahe gleichzeitig mit der neuen Bildaufnahme bzw. in Hundertstelteilen der Sekunde ihr vorangeht, solange also das Klischee des Auges auf die Lichterregung hin eine photochemische Wirkung in der Netzhaut hat auf sich einwirken und daraufhin eine Bildregistrierung vornehmen lassen, verbleibt das einmal registrierte Bild darauf, auch wenn die Lichterregung bereits ein Ende genommen hat, ganz ähnlich wie bei einem einmal durch die Linse der Lichteinwirkung ausgesetzten photographischen Klischee, welches das Bild bereits aufgenommen hat, und wo das Klischee in der Kammer des Apparates verbleibt, indem es nicht mehr der Lichtwirkung ausgesetzt ist. Wird es, dann verschwindet das Bild und das Klischee, das nur einmaligem Gebrauch dient, ist durchleuchtet und verdorben, das Bild vernichtet. Ist es aber beim Auge der Fall, dann ist wohl das Bild vernichtet, im Wege der Regeneration des Sehpurpurs jedoch die Netzhaut für weitere Aufnahmen gebrauchsfähig. Ist doch das eine nur eine einfache und einzige Platte, wogegen das andere eine ganze photographische Werkstatt darstellt, deren Bedeutung und Wesen früher erklärt worden sind.

Daß nach dem eingetretenen Tode eine Trübung der Netzhaut eintritt, wurde auch durch mich früher bereits hervorgehoben und es wurden auch Gründe hierfür genannt, sowie endlich der Vorschlag, um solchen Verschwinden der Bilder wegen des beginnenden Verwesungsprozesses vorzubeugen, namhaft gemacht. In diesem Punkt bin ich mit Dr. Schneickert einig, der, letzten Endes, wie bereits hervorgehoben, trotz seiner Bedingungen und Verklausulierungen, im letzten Satz seiner hier angeführten Veröffentlichung die Möglichkeit unserer Methode doch nicht schlechthin ausschließt.

Ich habe aber nirgends hervorgehoben und behauptet, daß diese Methode immer und überall zu einem Ergebnis führen muß. Wenn sie es nur auch in vereinzelten Fällen zu tun wird vermögen, dann ist schon Ersprießliches geleistet und für die Kriminalistik derjenige Dienst erwiesen, um den es mir gelegen ist. Aber eines besonders und noch einmal hervorzuheben scheint mir wichtig. Der Umstand nämlich, daß mir nur darum gelegen ist, durch Versuche, die sich gewiß nicht zahlenmäßig beschränken lassen, und deren es gewiß nicht zehn oder zwanzig oder fünfzig genügen wird, die vielmehr in einem jeden hier einschlagenden Mordfall angestellt werden müssen und außerdem am Spitalsmaterial zu unternehmen sind, die Möglichkeit der hier beschriebenen Methode, die mehr als nötig verteidigt worden ist, zu erproben. Versuche und Versuche und wenn auch nur auf hundert einer gelingt, dann war es der Mühe wert und der Kriminalistik zum Nutzen. — — —

Verschiedenes.

Hypnose zum Zwecke der Wahrheitsermittelung.

Von Amtsrichter Dr. **Albert Hellwig**, Frankfurt a. O.

Wiederholt ist, namentlich in früheren Jahren, als die Hypnose in der kriminalistischen Literatur eine größere Rolle spielte, erörtert worden, ob es nicht möglich sei, Angeklagte in hypnotischen Schlafzustand zu versetzen und dann von ihnen Auskunft über die Straftat zu erlangen, die sie in wachem Zustande nicht erteilen würden.

Von psychologischer Seite hat man aber mit Recht darauf hingewiesen, daß es einmal sehr schwer sei, Personen gegen ihren Willen zu hypnotisieren, und daß es ferner auch in der Hypnose meistens nicht gelinge, den Betreffenden zu Äußerungen oder Handlungen zu veranlassen, welche seiner ganzen Billigungsrichtung widersprächen. Aber auch wenn diese psychologischen Bedenken nicht gegeben wären, würde jedenfalls vom Standpunkte unseres geltenden Rechts aus kein Zweifel darüber bestehen können, daß derartige Experimente jedenfalls gegen den Willen des Beschuldigten unzulässig seien. Ob sie im Einverständnis mit dem Beschuldigten angestellt werden könnten, kann zweifelhaft sein.

Münsterberg erklärt in seinen Grundzügen der Psychotechnik (Leipzig 1914) S. 503, daß aus Gründen juristisch-sittlicher Art alle diejenigen Methoden ausgeschaltet werden müßten, welche von der Hypnose oder hypnoseähnlichem Zustande Gebrauch machen, obgleich durch sie mit größerer Wahrscheinlichkeit objektiv richtige Aussagen unter gewissen Umständen erzwungen werden könnten. Ein Geständnis, welches ein wider seinen Willen Hypnotisierter ablege, habe natürlich juristisch keinerlei Wert, aber man müsse noch weiter gehen. Wiederholt hätten Angeklagte sich bereit erklärt, sich hypnotisieren zu lassen, um in der Hypnose ausgefragt zu werden und damit den Beweis zu erbringen, daß sie unschuldig seien. Auch ein solches Verfahren dürfte aber juristisch kaum zulässig sein. Nicht nur, weil es schwer wäre, festzustellen, ob keine Simulation der Hypnose vorliege, sondern auch, weil vom juristischen Standpunkt der seiner Willensfreiheit künstlich Beraubte keine günstige Aussage vor Gericht machen könne. Ob diese juristischen Bedenken zutreffend sind, erscheint mir als zweifelhaft. Wenn freilich in unseren Prozeßordnungen, wie dies früher ja in der Tat der Fall war, die Bestimmung sich finden würde, daß das Geständnis des Beschuldigten vollkommen beweisend sei, daß es also unter allen Umständen zur Verurteilung des Täters ausreiche, so würde in der Tat ein im hypnotischen Zustand abgelegtes Geständnis als ein Geständnis im Sinne dieser Bestimmungen nicht gelten können. Heute aber stehen wir auf dem Standpunkt, daß auch ein Geständnis an sich nicht beweisend ist, da wir wissen, in wie vielen Fällen ein Geständnis der

Wahrheit nicht entspricht. Wir scheuen uns andererseits auch nicht, nicht nur aus einem ausdrücklichen Eingeständnis der Schuld eines zurechnungsfähigen Beschuldigten einen Schluß auf seine Schuld zu ziehen, sondern schließen auch aus seinem ganzen Verhalten während der Untersuchung gegen ihn, ob er schuldig ist oder nicht. Wenn man auch mit Recht nachdrücklich darauf hingewiesen hat, daß es sich bei Zeichen der Schuld, wie beispielsweise Blaßwerden, Zittern usw. um recht trügerische Indizien handelt, welche sicherlich niemals zur Überführung der Beschuldigten ausreichen, so ändert dies doch nichts an der Tatsache, daß grundsätzlich auch ein derartiges Verhalten des Beschuldigten von dem Richter bei der Bildung seiner Überzeugung von der Schuld des Angeklagten sehr häufig verwertet wird und auch verwertet werden darf; dann ist nicht einzusehen, weshalb der Richter nicht berechtigt sein sollte, auch aus dem Verhalten der Angeklagten in der Hypnose seine Schlüsse zu ziehen. Gegen eine Verwertung des in der Hypnose abgelegten Geständnisses ist um so weniger einzuwenden, als der Richter selbstverständlich bei der Prüfung der Glaubwürdigkeit dieses Geständnisses mit noch größerer Sorgfalt vorgehen wird, als wenn es sich um das Geständnis eines in zurechnungsfähigem Zustande befindlichen Angeklagten handelt. Die Bekundungen des Angeklagten in der Hypnose werden mitunter Gelegenheit geben zu weiteren Nachforschungen, die dann zu einem sicheren Ergebnis führen können.

Aus den oben dargelegten Gründen wird also zwar selten die hypnotische Methode mit Erfolg zur Anwendung kommen können. Auch darf ein Angeklagter nur mit seinem Einverständnis hypnotisiert werden; ist dies aber geschehen, so steht meines Erachtens grundsätzlich nichts im Wege, seine in der Hypnose gemachten Bekundungen bei der Wahrheitsermittelung zu verwerten. Voraussetzung ist selbstverständlich, daß die Hypnotisierung durch geeignete Sachverständige erfolgt. Kann man sich auch keine großen Erfolge versprechen (Hellwig »Moderne Kriminalistik«, Leipzig 1914 S. 74), so mag in geeigneten Fällen gelegentlich auch dieses kriminaltaktische Mittel versucht werden.

Ein Beitrag zur Frage des Justizirrtums.

Von Amtsrichter Dr. **Albert Hellwig**, Frankfurt a. O.

Es ist sehr erfreulich, daß man sich in den letzten Jahren mit der Frage des Justizirrtums eingehender zu beschäftigen begonnen hat und daß man den Versuch gemacht hat, von den Errungenschaften der modernen Kriminalistik aus den Ursachen der Justizirrtümer nachzuforschen, um die erforderliche Grundlage für eine Verhütung des Justizirrtums zu schaffen.

Auf eine ganz eigenartige Ursache eines wahrscheinlichen Justizirrtums macht Münsterberg in seinen Grundzügen der Psychotechnik

(Leipzig 1914) S. 506 aufmerksam. Seine dortigen Darlegungen seien im folgendem wörtlich wiedergegeben: »In einem Chicagoer Fall, in dem ein geistig Minderwertiger zum Tode verurteilt war und gehängt wurde, konnte ich nachträglich überzeugend darlegen, daß die Todesstrafe einen Unschuldigen getroffen hatte, obgleich ein volles Geständnis der Mordtat abgelegt worden war. Der Angeklagte, gegen den sehr schwacher Indizienbeweis vorlag, hatte die Mordtat tagelang energisch bestritten, er war bereits in einem Zustande der Erschöpfung, als ein blendender Lichtreflext ihn in einen hypnoiden Zustand brachte, in dem er plötzlich alles, was die Polizeiverhöre ihm bezüglich der Tat suggeriert hatten, als wirkliches Erlebnis auffaßte und mit reicher, zum Teil sachlich unmöglicher Ausschmückung als Schilderung seiner Tat angab. Zwei Tage vor der Exekution des Todesurteils erwachte er aus seinem abnormen Zustande ohne Erinnerung an das, was in der Woche, in welcher das Geständnis und die Verurteilung fiel, überhaupt vorgegangen war. Die psychologisch ungebildeten Gefängnisbeamten hielten dies für Simulation, aber die Gesamtheit seiner Bekundungen kann dem Psychologen kaum Zweifel darüber lassen, daß ein falsches Geständnis vorlag.«

Es sind ja eine ganze Reihe von Fällen bekannt, in welchen aus den verschiedensten Gründen Geständnisse von Straftaten, selbst von Morden, von Beschuldigungen abgelegt worden sind, doch ist meines Wissens in der bisherigen Literatur kein einziger Fall bekannt, in welchem das Geständnis in einem derartigen hypnoiden Zustand abgelegt war. Möglich ist allerdings, daß derartige Fälle auch früher schon vorgekommen sind, und daß man sie nur nicht richtig gedeutet hat, weil eben die erforderlichen Kenntnisse fehlten. Jedenfalls wäre es sehr erwünscht, wenn Münsterberg diesen interessanten Fall eingehend darstellen wollte, damit wir aus ihm lernen können[1]). Trifft die Beurteilung des Falles durch Münsterberg zu, so haben wir's hier übrigens nicht mit einem notwendigen, sondern mit einem vermeidbaren Justizirrtum zu tun, da die Angabe des Angeklagten zum Teil sachlich unmöglich war und deshalb dringend den Verdacht erwecken mußte, daß man es mit einem nicht glaubwürdigen Geständnis zu tun habe. Bedauerlich ist auch, daß die Gefängnisbeamten es offenbar nicht für nötig gehalten haben, von dem eigenartigen Verhalten des Verurteilten rechtzeitig Mitteilung zu machen. Wenn die Darstellung Münsterbergs zutreffend ist, so haben wir es mit einem glücklicherweise recht seltenen Falle zu tun, in welchem in den letzten Jahrzehnten ein Unschuldiger zum Tode verurteilt und auch tatsächlich hingerichtet worden ist. Der Fall war ganz besonders tragisch deshalb, weil es sich hier um einen vermeidbaren Justizirrtum handeln würde.

[1]) Das war vor mehr als fünf Jahren geschrieben. Inzwischen ist Münsterberg leider gestorben.

Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts.

Mitgeteilt vom Wirklichen Geheimen Rat, Oberreichsanwalt Dr. Zweigert, Leipzig.

Militär-Strafgesetzbuch § 138. Hehlerei an militärischen Sachen fällt nicht unter den Tatbestand des § 138 a. O.

I. StrS. U. v. 25. März 1918 g. B. 1 D 24/18.

Aus den Gründen: Der vom Verteidiger erhobene Einwand, daß für die vorliegende Sache nicht die bürgerlichen Strafgerichte, sondern die Militärgerichte zuständig seien, ist, da nach § 6 StPO. das Gericht bei jeder Lage des Verfahrens seine sachliche Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen hat, auch gegenwärtig in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen. Er ist jedoch nicht begründet. Ein militärisches Vergehen i. S. des § 10 Abs. 2 MilStGB. würde, wie auch der Verteidiger anerkennt, nur vorliegen, wenn in bezug auf die Straftat des Angeklagten der Tatbestand des § 138 MilStGB. gegeben wäre. Dieser spricht aber nur von einer an militärischen Sachen begangenen Straftat, die entweder Diebstahl oder Unterschlagung ist. Die Hehlerei, deren sich nach der Feststellung des Gerichts der Angeklagte durch den Erwerb militärischer Sachen schuldig gemacht hat, fällt nicht darunter. Hiernach ist der Unzuständigkeitseinwand bereits in der Vorinstanz mit Recht zurückgewiesen worden.

StGB. § 181 Nr. 2. Die »verkuppelte Person«, von der § 181 Nr. 2 StGB. spricht, ist diejenige, deren Unzucht erleichtert oder gefördert wird; eine Unterscheidung zwischen Subjekt und Objekt der Unzucht ist nicht zu machen.

II. StrS. U. v. 26. März 1918 g. Sch. 2 D 108/18.

Aus den Gründen: Der Angeklagte hat vorsätzlich für die Unzucht seines Sohnes günstigere Bedingungen hergestellt, als ohne sein Tun vorhanden waren, indem er seine Wohnung zum außerehelichen Geschlechtsverkehr seines Sohnes mit der B. und der G. mit Wissen und Willen hergab, und somit durch Gewährung von Gelegenheit der Unzucht des Sohnes Vorschub geleistet.

Diese bedenkenfreie Feststellung rechtfertigt die Anwendung des § 181 Nr. 2 StGB. Denn die »verkuppelte Person«, von welcher hier gesprochen wird, ist diejenige, deren Unzucht erleichtert oder gefördert wird. Eine Unterscheidung zwischen Subjekt und Objekt der Unzucht, wie sie die Revisionsbegründung aufstellt, ist nicht zu machen. In Entsch. **16** 49 ist bereits für die vor dem Gesetz v. 25. Juni 1900 geltende Fassung des § 181 (»Personen, mit welchen die Unzucht getrieben worden ist«) ausgeführt: es kommt nur darauf an, ob eine von den bei dem Betriebe der Unzucht beteiligten Personen in einem solchen Verhältnisse zum Kuppler steht, wie § 181 Nr. 2 voraussetzt (vgl. Entsch. **25** 287).

StPO. § 58 ff. Der als Zeuge vernommene Staatsanwalt kann in derselben Hauptverhandlung nicht wieder die Obliegenheiten der Staatsanwaltschaft übernehmen.

III. StrS. U. v. 8. April 1918 g. Sch. 3 D 84/18.

Aus den Gründen: Die Anwesenheit des Staatsanwalts Dr. E. in der Hauptverhandlung vor seiner Vernehmung als Zeuge hinderte das Gericht nicht, ihn zu vernehmen. Die Nichtbeachtung der Ordnungsvorschrift des § 58 Abs. 1 StPO. kann die Revision nicht begründen (Entsch. **2** 53, **40** 158; Rechtspr. **3** 295). Wohl aber verstößt es gegen allgemeine Grundsätze über die Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft im Strafprozesse, wenn der als Zeuge vernommene Staatsanwalt nach seiner Abhörung in derselben Verhandlung wieder die Obliegenheiten der Staatsanwaltschaft übernimmt. Die Stellung eines Zeugen, welcher auch nach seiner Vernehmung jederzeit wieder vorgerufen und auf Widersprüche hingewiesen werden kann, welcher der Botmäßigkeit des Gerichts untersteht, ist unvereinbar mit den selbständigen Aufgaben der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung, insbesondere auch ihrer Tätigkeit bei den Schlußvorträgen (vgl. Entsch. **29** 236). Hier hat nach dem Inhalte des Sitzungsprotokolles der Staatsanwalt Dr. E. nach seiner Vernehmung als Zeuge, während welcher der Erste Staatsanwalt K. für ihn eintrat, für die weitere Verhandlung bis zum Schlusse die Obliegenheiten der Staatsanwaltschaft wieder wahrgenommen. Dieses unzulässige Verfahren muß zur Aufhebung des angefochtenen Urteils nebst Feststellungen führen, da es nicht ausgeschlossen erscheint, daß auf solchem Verstoße das Urteil beruht, welches die Bekundungen des Staatsanwalts zur Unterstützung einer anderen Zeugenaussage verwertet. Eines Eingehens auf die allgemeine sachliche Beschwerde bedarf es hiernach nicht mehr.

StGB. § 263. Der Schädigungsvorsatz wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Täter sich unter dem zu Schädigenden eine von dem wirklich Geschädigten verschiedene Person vorgestellt und den vom Gesetz erforderten Erfolg auf eine vom wirklichen Sachverlauf abweichende Weise als eingetreten angesehen hat.

III. StrS. U. v. 8. April 1918 g. Sch. 3 D 10/18.

Aus den Gründen: Der Angeklagte hat der Frau Sp., der bisherigen Inhaberin eines Obstgeschäfts, in der Annahme der Fortdauer ihrer Stellung, eine bestimmte Menge von Kirschen, sogenannten Schattenmorelle, die an Beschaffenheit und Wert die gewöhnliche Sauerkirsche überragten, unter Vereinbarung des Preises verkauft. Tags darauf brachte er in den Geschäftsraum Kirschen, die sich ihrer Art nach als gewöhnliche Sauerkirschen darstellten, und übergab sie der dort anwesenden Frau C., die er für eine Beauftragte der Frau Sp. hielt, gegen Zahlung des mit dieser verabredeten Preises. Das angefochtene Urteil geht von der erkennbaren Auffassung aus, daß der Angeklagte der Frau C. durch sein Verhalten vorspiegelte und in ihr den Irrtum erregte, die von ihm gelieferten Kirschen seien die tags vorher von Frau Sp. bestellten Schattenmorellen. In diesem Sachverhalt konnte ohne Rechtsirrtum der Tatbestand des vollendeten Betruges erblickt werden. Dem steht nicht entgegen, daß in Wirklichkeit — der Annahme des Angeklagten zuwider — Frau Sp. bereits vor dem Kaufabschluß ihr Geschäft an Frau C. veräußert hatte und für diese, sei es als Beauftragte, sei es als Geschäftsführerin ohne Auftrag, die Kirschen kaufte, welche von Frau C. nicht etwa als Beauftragte der Frau Sp., sondern für eigene Rechnung entgegengenommen und bezahlt wurden. Denn darüber besteht nach dem Zusammenhange der Urteilsgründe kein Zweifel, daß inzwischen, wenn Frau Sp. auch in eigenem Namen beim Vertragsabschluß aufgetreten ist, der darauf beruhende Anspruch auf ihre Geschäfts-

nachfolgerin Frau C. übergegangen war und diese durch die Annahme der im Vergleich mit ihrem Anspruch minderwertigen Ware und die Zahlung des für die bessere vertragsmäßig bedungenen Preises geschädigt worden ist. Ohne Belang ist hierbei, daß der Angeklagte eine durch die Täuschung der Frau C. verursachte Schädigung der Frau Sp. als deren vermeintlichen Auftraggeberin angenommen hat. Der Betrugstatbestand erfordert die durch Täuschung bewirkte Beschädigung des Vermögens eines anderen; dieser Erfolg ist im vorliegenden Falle erreicht worden. Der Schädigungsvorsatz ist nicht alsdann ausgeschlossen, wenn der Täter sich unter diesem anderen eine von dem wirklich Geschädigten verschiedene Person vorgestellt und den vom Gesetz geforderten Erfolg auf eine vom wirklichen Sachverlauf abweichende Weise für eingetreten erachtet hat.

Da auch sonst kein Rechtsverstoß erkennbar ist, war die Revision zu verwerfen.

StGB, § 259. Das »Mitwirken zum Absatz« erfordert nicht, daß der Täter die eigne Verfügungsgewalt über die verhehlte Sache erlangt hat.

III. StrS. U. v. 8. April 1918 g. D. 3 D 28/18.

Aus den Gründen: Das Urteil nimmt an, der Angeklagte habe auf Wunsch des Mitangeklagten M. eine von diesem gestohlene Portiere in Kenntnis des Diebstahls und in Erwartung einer Teilnahme am Erlös einem Dritten zum Kauf angeboten.

Damit sind die gesetzlichen Merkmale der Sachhehlerei ausreichend festgestellt.

Das Urteil beschränkt sich aber nicht, wie die Revision behauptet, auf die Darlegung, daß der Angeklagte »offenbar« von dem Diebstahle Kenntnis gehabt habe, sondern es gibt auch die Tatsachen an, aus denen es diese Kenntnis folgert, nämlich einmal das auffallende Benehmen der beiden Angeklagten bei dem Kaufangebot und den weiteren Umstand, daß es dem Angeklagten auffallen mußte, wenn M. auf dem Wagen seines Dienstherrn, des Spediteurs B., eine Portiere mitführte und durch ihn an zufällig Vorbeikommende anbieten ließ.

Das »Mitwirken zum Absatze bei anderen« erfordert weder, daß es zum Absatze tatsächlich gekommen ist (Entsch. **40** 199), noch, daß der Mitwirkende die Verfügungsgewalt über die Sachen erlangt, zu deren Absatz er mitwirkt. Mit Recht erblickt daher das Urteil schon in dem Kaufangebot an den Dritten die Vollendung des Vergehens.

Auch sonst läßt das Urteil keinen Rechtsirrtum erkennen, so daß die Revision mit der Kostenfolge aus § 505 Abs. 1 Satz 1 StPO. abgewiesen werden muß.

VO. des BR. gg. übermäßige Preissteigerung v. 23. Juli 1915/23. März 1916 § 5 Nr. 1. Es ist möglich, daß die Forderung eines Preises, die unter dem festgesetzten Höchstpreise bleibt, gegen die Preissteigerungsverordnung verstößt, allein es ist zugleich die Marktlage zu berücksichtigen, die sich unter den jetzigen Verhältnissen regelmäßig in dem Höchstpreise widerspiegelt.

I. StrS. U. v. 8. April 1918 g. P. 1 D 35/18.

Aus den Gründen: Das Urteil enthält einige Ungenauigkeiten bei der Angabe der Einkaufspreise der Auslandsware, aber einen offenbaren Rechenfehler bei der Ermittlung des vom Angeklagten durch den Verkauf

der sogenannten Inlandszündhölzer erzielten Gewinns. Die Strafkammer geht davon aus, daß der Angeklagte das Paket Inlandszündhölzer um 39 Pf. hätte verkaufen dürfen und berechnet danach den zulässigen Verkaufspreis für 15000 Pakete auf 5650 Mk., während er richtig auf 5850 Mk. zu berechnen war, und demgemäß den übermäßigen Gewinn auf den Unterschied zwischen dem tatsächlichen Verkaufspreise von 6219,27 Mk. und dem irrtümlich auf 5650 Mk. berechneten zulässigen Verkaufspreise mit 569,37 Mk., während er richtig auf 6219,27 — 5850 = 369,37 Mk. zu berechnen war. Der übermäßige Gewinn ist also zuungunsten des Angeklagten um 200 Mk. zu hoch angenommen worden, und da die Strafe mit Rücksicht auf die Höhe des Gewinns abgemessen worden ist, muß schon deshalb das Urteil aufgehoben werden.

Aber auch sonst bestehen durchgreifende Bedenken, weil der Angeklagte wegen des Verkaufs der Inlandszündhölzer im eigenen Laden, also im Kleinhandel, einer übermäßigen Preissteigerung schuldig befunden worden ist. Allerdings steht dem nicht entgegen, daß er dabei den durch die Bekanntmachung v. 16. Dezember 1916 (RGBl. 1394) festgesetzten Höchstpreis nicht überschritten hat. Zwar ist durch BRVO. v. 22. August 1915 (RGBl. 514) die Anwendung der Preissteigerungsverordnung auf Gegenstände, für die Höchstpreise festgesetzt sind, ausgeschlossen, durch die BRVO. v. 23. März 1916 (RGBl. 183) ist diese Bestimmung aber dahin eingeschränkt worden, daß nur die Vorschriften der §§ 1—4 der Preissteigerungsverordnung keine Anwendung finden, soweit Höchstpreise bestehen, und daraus ergibt sich, daß es für die Anwendung des § 5 der Preissteigerungsverordnung, die hier in Frage steht, rechtlich ohne Belang ist, ob Höchstpreise bestehen, also auch, ob die Preisforderung einen etwa festgesetzten Höchstpreis einhält oder überschreitet. Deshalb ist es sehr wohl möglich, daß die Forderung eines Preises, der unter dem festgesetzten Höchstpreis bleibt, gegen die Preissteigerungsverordnung verstößt. Es ist also nicht zu beanstanden, wenn die Strafkammer den Einwand des Angeklagten, er habe bei dem Kleinverkauf der Inlandszündhölzer den Höchstpreis nicht überschritten und könne deshalb nicht bestraft werden, als sachlich unzutreffend bezeichnet. Damit ist sie jedoch der Verteidigung des Angeklagten noch nicht gerecht geworden. Denn der Einwand enthält zugleich einen Hinweis auf die Marktlage, die sich unter den jetzigen Verhältnissen regelmäßig in dem Höchstpreis wiederspiegelt, und dieser durfte nicht unbeachtet bleiben. Nach § 5 Nr. 1 der Preissteigerungsverordnung sind bei Entscheidung der Frage, ob ein Gewinn übermäßig ist, die gesamten Verhältnisse, insbesondere die Marktlage zu berücksichtigen; das Urteil läßt aber nicht erkennen, daß die Strafkammer diese Vorschrift beachtet hätte. Weiter aber schließt der Einwand des Angeklagten notwendig die Behauptung ein, er sei der Ansicht und schon bei dem Verkauf der Zündhölzer der Ansicht gewesen, wer den Höchstpreis einhalte, könne nicht wegen übermäßiger Preissteigerung bestraft werden. Wäre sie richtig, so hätte sich der Angeklagte in einem Irrtum über die Anwendbarkeit der Preissteigerungsverordnung befunden, der nach BRVO. v. 18. Januar 1917 (RGBl. 58) seine Bestrafung ausschließen müßte, wenn er unverschuldet war. Das hat der Verteidiger wohl im Auge gehabt, wenn er behauptete, der Angeklagte habe nicht Preiswucher betreiben wollen. Aus diesem Gesichtspunkt hat die Strafkammer das Vorbringen des Angeklagten überhaupt nicht gewürdigt, und das Urteil enthält auch sonst nichts, was den angeblichen Irrtum des Angeklagten schon jetzt als schuldhaft erscheinen

lassen könnte. Dagegen spricht der Umstand, daß die Gesetzgebung selbst eine Zeitlang auf dem vom Angeklagten vertretenen Standpunkt gestanden hat, und daß die Höchstpreise tatsächlich zu überall üblichen, ja zu Mindestpreisen geworden sind, unverkennbar zugunsten des Angeklagten.

Danach ist das Urteil unhaltbar, soweit es im Kleinverkauf der Inlandszündhölzer ein Vergehen gegen die Preissteigerungsverordnung gefunden hat.

StGB. § 267. Die gemäß § 4 Abs. 2 der Bekanntmachung des RK. v. 19. April 1917 (RGBl. 366) betr. Ausführungsbestimmungen zu der VO. über den Verkehr mit fettlosen Wasch- und Reinigungsmitteln v. 5. Oktober 1916 in ein Waschmittel eingeprägten Angaben sind beweiserhebliche Privaturkunden.

I. StrS. U. v. 8. April 1918 g. M. und Gen. 1 D 32/18.

Gründe: Die Annahme der Strafkammer, daß die gemäß § 4 der Bekanntmachung des RK. v. 19. April 1917 (RGBl. 366) den von den Angeklagten vertriebenen Tonwaschmitteln eingeprägten Angaben eine beweiserhebliche Privaturkunde i. S. des § 267 StGB. seien, unterliegt keinen Bedenken. Sie enthalten unter anderem die Angabe des Herstellers und den Kleinverkaufspreis und verkörpern damit die rechtserhebliche, allgemeinverständliche Erklärung des Herstellers, daß er die Ware in den Verkehr gebracht und den angegebenen Kleinverkaufspreis festgesetzt habe. Die Preisangabe insbesondere ist schon deshalb rechtserheblich, weil sie nach § 2 der BRVO. v. 18. Mai 1916 über die äußere Kennzeichnung von Waren (RGBl. 380) zur Folge hat, daß der Preis nachträglich nicht erhöht werden darf. Beweiserheblich ist die Urkunde dafür, welchen Kleinverkaufspreis der Hersteller festgesetzt hat, wie auch allgemein dafür, daß den Vorschriften des § 4 Abs. 2 der Bekanntmachung v. 19. April 1917, deren Nichtbefolgung mit Strafe bedroht ist, genügt ist oder nicht genügt ist. Mit Recht ist deshalb von der Strafkammer in der unbefugten Abänderung der Preisangabe und dem täuschenden Hinweis auf die abgeänderte Angabe eine nach § 267 StGB. strafbare Urkundenfälschung gefunden worden. Auch sonst läßt das Urteil einen den Angeklagten nachteiligen Rechtsirrtum nicht erkennen. Die Rechtsmittel waren deshalb als unbegründet zu verwerfen.

StPO. § 243 Abs. 2. Auch der Staatsanwaltschaft gegenüber ist das Gericht verpflichtet, durch Ausübung des Fragerechts die Substantiierung unklarer Beweisanträge herbeizuführen.

IV. StrS. U. v. 9. April 1918 g. V. 4 D 141/18.

Aus den Gründen: Die Revision der Staatsanwaltschaft rügt mit Recht, daß über den in der Hauptverhandlung eventuell gestellten Antrag auf Vernehmung der Zeugen R., K. und W. nicht befunden ist. Die Strafkammer hat gegen § 243 Abs. 2 StPO. verstoßen. Nach dieser Bestimmung bedarf es eines Gerichtsbeschlusses, wenn ein Beweisantrag abgelehnt werden soll. Dies gilt mangels einer im Gesetze getroffenen Unterscheidung auch, falls nur hilfsweise gestellten Beweisanträgen nicht stattgegeben werden soll. Bei diesen hat die Rechtsprechung zwar zugelassen, daß ein solcher Beschluß mit der Urteilsfällung verbunden wird; auch ist eine ausdrückliche Entscheidung in den Urteilsgründen über sie nicht unbedingt notwendig. Zum mindesten aber bedarf es in ihnen einer Stellungnahme zu dem Antrage, die erkennen läßt, daß dieser bei der Beratung und Urteilsfällung berück-



sichtigt worden ist. Daran fehlt es hier völlig. Das Sitzungsprotokoll enthält einen Beschluß über den Beweisantrag nicht, und in den Urteilsgründen ist jedes Eingehen auf ihn zu vermissen.

Die Möglichkeit, daß die Nichtverurteilung wegen der Beschuldigung des Geldverschaffens an einen entwichenen Kriegsgefangenen, hinsichtlich dessen im Eröffnungsbeschlusse Tateinheit mit dem von der Strafkammer festgestellten anderweiten Verstoß gegen § 9b des Ges. über den Belagerungszustand in Verb. mit der VO. des stellvertr. Kommand. Generals des XI. Armeekorps v. 7. Oktober 1916 angenommen ist, auf dieser Nichtberücksichtigung des Beweisantrages beruht, ist nicht ausgeschlossen. Denn die schon in der Anklageschrift angeführten Zeugen R. und K. waren ersichtlich über alle in ihr angegebenen Tatsachen, also auch dafür benannt, daß die Angeklagte bei der Absendung der 120 Mk. wußte, dieses Geld sei für R. bestimmt. Der ferner als Zeuge bezeichnete Polizeikommissar W. ist derjenige Beamte, in dessen Bericht das in der Anklageschrift in bezug genommene frühere Zugeständnis der Angeklagten, daß ihr Ehemann ihr eine Mitteilung über diesen Zweck der Geldsendung gemacht habe, enthalten ist. Und wenn die Strafkammer Zweifel daran gehabt haben sollte, über welche Umstände die Zeugen vorgeschlagen waren, so hätte bei der gegebenen Sachlage (falls sie nicht von Amts wegen die Beweise zu erheben beschloß, Entsch. **47** 417, 423) durch Befragen des Vertreters der Staatsanwaltschaft der Sinn seines Antrages aufgeklärt werden müssen. Nach alledem mußte die Entscheidung, und zwar auch wegen der Verurteilung nach § 139 StGB., aufgehoben werden, da die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen ist, daß im Falle der Vernehmung der Zeugen eine höhere Strafe wegen dieser Tat erkannt worden wäre.

Die Entscheidung entspricht dem Antrage des Oberreichsanwalts.

VO. des BR. gg. übermäßige Preissteigerung v. 23. Juli 1915/23. März 1916 § 5 Nr. 1. Bei Ermittlung des zulässigen Verkaufspreises darf der tatsächlich gezahlte Einkaufspreis als solcher nicht berücksichtigt werden, wenn er auf Preiswucher des früheren Verkäufers beruht und sich der gegenwärtige Verkäufer an diesem beteiligt hat. In diesem Falle darf nur der wirtschaftlich-gerechtfertigte Einkaufspreis berücksichtigt werden.

IV. StrS. U. v. 9. April 1918 g. B. 4 D 196/18.

Aus den Gründen: Durch eine in Nr. 10 der Zeitschrift »Der Drogenhändler« vom Februar 1917 veröffentlichte Anzeige hat der Angeklagte unter anderem

10 kg weißen Pfeffer zum Preise von 40 Mk. für das Kilogramm und
10 „ Piment „ „ „ 10 „ „ „ „

zum Verkaufe angeboten; auf die Anzeige hin hat er auch 2 kg Pfeffer zu dem angegebenen Preise verkauft. Die Anklage legt ihm deshalb zur Last, für Gegenstände des täglichen Bedarfs Preise gefordert, für Pfeffer auch sich gewähren lassen zu haben, die unter Berücksichtigung aller Verhältnisse einen übermäßigen Gewinn enthalten (V. gg. § 5 Nr. 1 PreisstVO.). Das Landgericht ist jedoch zu einer Verurteilung des Angeklagten nur in Ansehung seiner Preisforderung für Piment gelangt. Im übrigen verneint es seine Strafbarkeit. Bezüglich des Pfeffers sieht es als erwiesen an, daß ein Verkaufspreis von 40 Mk. für das Kilogramm Pfeffer keinen übermäßigen Gewinn für den Angeklagten enthalte...



Die Annahme des Landgerichts, daß der Preis, den der Angeklagte für das Kilogramm Pfeffer gefordert, teilweise auch gewährt erhalten hat, keinen übermäßigen Gewinn für ihn enthalte, ist zu beanstanden. Zu diesem Ergebnis gelangt das Landgericht, indem es davon ausgeht, daß der Angeklagte den Pfeffer aus dem Geschäft seines Schwiegersohnes zum Preise von 32 Mk. für das Kilogramm übernommen hat, und sein Selbstkostenpreis unter Hinzurechnung der Unkosten sich auf 33,06 Mk. für das Kilogramm stellt, indem es sodann, um den angemessenen Verkaufspreis zu berechnen, 12 vom Hundert des Selbstkostenpreises und den üblichen Händlergewinn zuschlägt und schließlich dem Angeklagten zugesteht, daß er sogar einen Preisaufschlag von 20 vom Hundert noch für erlaubt ansehen konnte. Dabei ist übersehen, daß die Tochter des Angeklagten, die während der Einberufung ihres Ehemannes zum Heeresdienst dessen Geschäft leitet, den Pfeffer im Juni 1916 zum Preise von 10,06 Mk. für das Kilogramm eingekauft hat, und weil sie sich beim Weiterverkauf einen Preis von 36 Mk. hat gewähren lassen, wegen übermäßiger Preissteigerung bestraft worden ist. Mit Rücksicht auf diese im angefochtenen Urteil mitgeteilten Tatsachen hätte das Landgericht prüfen müssen, ob sich nicht der Angeklagte der Teilnahme am Preiswucher seiner Tochter schuldig gemacht hat. In diesem Falle durfte der Berechnung des Gewinns, den er beim Weiterverkauf nehmen durfte, nicht der tatsächlich gezahlte, vom Recht mißbilligte, sondern nur der wirtschaftlich gerechtfertigte Einkaufspreis zugrunde gelegt werden. Daran vermochte auch der Umstand nichts zu ändern, daß der vom Angeklagten seiner Tochter gewährte Preis dem damaligen Marktpreise für Pfeffer entsprach, insofern letzterer durch Ausnutzung der durch den Krieg geschaffenen Notmarktlage gebildet war. Bei Einstellung eines angemessenen Einkaufspreises würde sich aber auch bei der dem Angeklagten sehr günstigen Zubilligung eines Preisaufschlags von 20 vom Hundert der Gestehungskosten wohl eine erhebliche Überschreitung des zulässigen Reingewinnes ergeben.

Dies nötigte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils im ganzen, wenn auch in dem Fordern eines Preises von 10 Mk. für das Kilogramm Piment ohne Rechtsirrtum der objektive und subjektive Tatbestand eines Vergehens gegen § 5 Nr. 1 PreisstVO. gefunden worden ist und deshalb für eine Anwendung des § 343 StPO. kein Raum war, denn es kommt nur e i n e Zuwiderhandlung gegen genannte Strafvorschrift in Betracht, und die Frage, ob sich der Angeklagte dieser Zuwiderhandlung schuldig gemacht hat, kann nur einheitlich entschieden werden. Bei erneuter Verhandlung wird das Landgericht auch Gelegenheit haben, die Tat des Angeklagten unter dem Gesichtspunkte des Kettenhandels zu prüfen.

StGB. § 59. Zu den Tatumständen, die dem Täter, wenn er sie nicht kannte, nicht zuzurechnen sind, gehören n i c h t die rechtlichen oder tatsächlichen Voraussetzungen der V e r f o l g b a r k e i t.

III. StrS. U. v. 22. April 1918 g. U. 3 D 89/18.

G r ü n d e: Es kann dahingestellt bleiben, ob, auch wenn die vom Angeklagten entwendete »Kassette«, wie er irrtümlich annahm, das Geld seiner Mutter enthalten hätte, die Straftat von Amts wegen verfolgbar gewesen wäre, weil neben der Mutter des Angeklagten noch die B.schen Eheleute als Inhaber des Gewahrsams durch den Diebstahl verletzt worden sind, zu denen der Angeklagte nicht in einem der im § 247 StGB. vorgesehenen Verhältnisse stand. Jedenfalls bedurfte es eines Strafantrags nicht, da in Wirklichkeit die Kassette nebst Inhalt nicht seiner Mutter gehörte, und so-

nach keine der Voraussetzungen jener Vorschrift gegeben war. Mit Recht hat die Strafkammer es für belanglos erachtet, daß der Angeklagte das Gegenteil irrtümlich annahm, daß er nämlich glaubte, das Geld seiner Mutter zu stehlen und einen Strafantrag für erforderlich hielt, den Eintritt dieser Voraussetzung aber nicht erwartete. Denn zu den Tatumständen, die dem Täter, wenn er sie nicht kannte, nicht zuzurechnen sind (§ 59 StGB.), gehören nicht die rechtlichen oder tatsächlichen Voraussetzungen der Verfolgbarkeit. Der Irrtum des Angeklagten, mag er sich auch, wie die Revision betont, auf den Gegenstand des Diebstahls bezogen haben, macht daher die Tat nicht zu einer auf Antrag verfolgbaren. Dieser Gedanke ist auch, was die Revision mit Unrecht bestreitet, in der vom angefochtenen Urteil angeführten Entscheidung des Reichsgerichts in Strafs. 4 346 ausgesprochen.

Die Behauptung, daß der Beschwerdeführer eine andere Tat verübt hat, als er verüben wollte, und für jene nicht strafrechtlich verantwortlich war, ist verfehlt. Sein Wille ging auf Wegnahme der Kassette, und die strafrechtliche Verantwortlichkeit hat mit der Prozeßvoraussetzung des Strafantrags nichts zu tun.

Da auch sonts kein Rechtsverstoß erkennbar ist, war das Rechtsmittel zu verwerfen.

StGB. § 242. Der Preuß. Militärfiskus übt an Sachen, die von einem Bataillon in einem vom Fiskus gemieteten Raum zurückgelassen sind, durch das jeweilig in diesem Raume weilende Bataillon den Besitz aus; die Aneignung solcher Sachen durch den Vermieter stellt sich daher als Diebstahl dar.

V. StrS. U. v. 11. Mai 1918 g. A. 5 D 233/18.

Aus den Gründen: Die Anwendung des Strafgesetzes auf den vorliegenden Fall läßt keinen die Angeklagte beschwerenden Rechtsirrtum erkennen. Es mag dahingestellt bleiben, ob der in der Vorinstanz als erwiesen angenommene Sachverhalt ausreicht, die Annahme der Strafkammer zu begründen, daß das Bataillon den Gewahrsam über die später bei der Angeklagten vorgefundenen Sachen noch nicht aufgegeben hatte, vielmehr die »physische Möglichkeit« besaß, darüber unter Ausschließung anderer zu verfügen. Denn Eigentümer der Sachen war nach der Sachdarstellung des Landgerichts jedenfalls der Preußische Militärfiskus. Er hatte auch den Besitz daran, den er, wie an den vermieteten Räumen, lediglich durch das gerade dort weilende Bataillon ausübte. Für den Verlust dieses Besitzes liegt nach dem Urteile kein genügender Anhalt vor. Aus dem eigenen Vorbringen der Angeklagten in ihrer Revisionsbegründung, wonach unmittelbar nach dem Abzug der Truppe »noch an demselben Tage« ein anderes Bataillon in die Mietsräume eingezogen ist, ergibt sich sogar im Gegenteil die Fortdauer des Mietsrechtes wie des Mietsbesitzes des Militärfiskus. Dem steht die — gegenüber dem Urteilsinhalte übrigens neue — Behauptung hinsichtlich der Rückgabe der Schlüssel nicht entgegen. Denn nach Lage der Sache würde darin keineswegs eine Aufgabe des Mietsbesitzes, sondern lediglich die Anvertrauung der Schlüssel behufs Aufbewahrung und Weitergabe an das den Mietsbesitz fortsetzende, neu einziehende Bataillon zu erblicken sein. Blieb aber der Mietsbesitz des Militärfiskus bestehen, so kann auch von einer Unterbrechung seines Gewahrsams an den hier in Frage stehenden Sachen infolge deren Zurücklassung seitens des abziehenden Bataillons keine Rede sein, da der Besitz



der Räume den der darin befindlichen Sachen in sich schloß. Es verrät danach keinen Rechtsirrtum, wenn die Strafkammer in der Wegnahme der Sachen seitens der Angeklagten einen Gewahrsamsbruch zum Schaden des Eigentümers gefunden hat.

StGB. § 243 Nr. 1. Die Lampe des ewigen Lichts in einer katholischen Kirche als ein dem Gottesdienst gewidmeter Gegenstand anerkannt.

I. StrS. U. v. 30. Mai 1918 g. L. 1 D 241/18.

Aus den Gründen: Nach der für das Revisionsgericht maßgebenden tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz hat Angeklagter sich an dem Diebstahle der »ewigen Lampe« aus der katholischen Kirche in D. mit dem Willen eines Mittäters beteiligt. Daß er bei der Wegnahme der Lampe selbst mitwirkte, war dazu nicht erforderlich; es genügte, wenn die Wegnahmehandlung lediglich durch seinen Bruder ausgeführt wurde, er selbst aber draußen Wache stand, um seinem Bruder die Ausführung der Tat zu ermöglichen.

Die Strafkammer hat festgestellt, daß die erwähnte »ewige Lampe« den Zweck hatte, den Gläubigen anzuzeigen, daß das Allerheiligste in der Kirche verwahrt sei und durch diesen Gedanken sie zum andächtigen Verweilen anzuhalten. In einer solchen Zweckbestimmung der Lampe konnte das Gericht ohne Rechtsirrtum das Tatbestandsmerkmal des § 243 Nr. 1 StGB., nämlich daß die Lampe zu den dem Gottesdienste gewidmeten Gegenständen gehört habe, finden. Das weitere, von der Revision behauptete Erfordernis, daß die Sache, um als gottesdienstlicher Gegenstand gelten zu können, geweiht oder gesegnet sein müsse, stellt das Gesetz nicht auf. . .

Hiernach und beim Mangel sonstiger erkennbarer materiellrechtlicher Gesetzesverletzungen war die Revision, wie geschehen, zu verwerfen.

StPO. § 270. Die Verweisung an das zuständige Gericht gemäß § 270 a.O. kann nur in der Hauptverhandlung erfolgen. Auf der Verweisung außerhalb derselben beruht indessen das Urteil nicht, wenn die Verweisung sachlich notwendig war.

II. StrS. U. v. 2: Juli 1918 g. E. 2 D 240/18.

Aus den Gründen: Gegen die Angeklagte war das Hauptverfahren wegen einfachen Diebstahls vor dem Schöffengericht eröffnet worden. Dieses beschloß in der Hauptverhandlung v. 26. Januar 1918, in der die Angeklagte unentschuldigt ausgeblieben war, alsbald nach Aufruf der Zeugen, entsprechend dem Antrag des Amtsanwalts, „die Sache zwecks Feststellung der Vorstrafen der Angeklagten zu vertagen". Nachdem die Herbeiziehung der Vorstrafakten die Voraussetzungen des strafbaren Rückfalls ergeben hatte, beantragte der Amtsanwalt schriftlich, die Unzuständigkeit des Schöffengerichts auszusprechen. Diesem Antrag entsprach der Schöffenrichter durch einen außerhalb der Hauptverhandlung erlassenen, mit „Kgl. Amtsgericht-Schöffengericht" und dem Namen des Richters unterzeichneten Beschluß v. 12. März 1918, indem er die Sache zugleich an die Strafkammer des Landgerichts verwies. Der Beschluß genügte in seiner Form den Anforderungen des § 270 Abs. 2 in Verb. mit § 205 StPO., auch die in Abs. 4 das. vorgeschriebene Fristbestimmung erfolgte, ohne daß jedoch Anträge seitens der Angeklagten gestellt wurden. Die Strafkammer hat dann in der Hauptverhandlung v. 30. April 1918, in welcher

der Eröffnungs- und der Verweisungsbeschluß verlesen wurden, die Angeklagte wegen Rückfallsdiebstahls zu 4 Monaten Gefängnis verurteilt.

Die Revision rügt demgegenüber Verletzung des § 270 StPO., da die Verweisung an das Gericht höherer Ordnung nur in der Hauptverhandlung selbst habe erfolgen und vor letzterem Gerichte nur ein so erlassener Beschluß habe verlesen werden dürfen, so daß die landgerichtliche Hauptverhandlung nebst dem Urteil der Rechtsgrundlage entbehre. Die Rüge konnte nicht zur Aufhebung des Urteils führen. Unwesentlich ist zunächst der Umstand, daß vor Erlaß des Verweisungsbeschlusses bereits eine Hauptverhandlung stattgefunden hatte. Denn in dieser konnte beim Ausbleiben der Angeklagten weder eine Verweisung beschlossen noch überhaupt sachlich verhandelt werden — (§ 229 StPO.) —, und ist auch tatsächlich nichts dergleichen geschehen. Der Beschluß des Schöffengerichts, die Sache zwecks Feststellung der Vorstrafen zu vertagen, war nichts als eine prozeßleitende Verfügung, wie sie auch dem Amtsrichter allein außerhalb der Hauptverhandlung nach § 30 Abs. 2 GVG. zugestanden haben würde. Das Verfahren lag also zu der Zeit, wo der Amtsrichter demnächst das Vorliegen der Rückfälligkeit feststellte, noch ebenso, als ob überhaupt noch nicht in der Sache verhandelt gewesen wäre. Allerdings durfte er auch in diesem Falle gegenüber dem einmal ergangenen Eröffnungsbeschluß nicht ohne weiteres, allein und ohne Hauptverhandlung, das Schöffengericht für unzuständig erklären und die Sache an das Landgericht verweisen. Eine solche Befugnis des Vorsitzenden bzw. des Amtsrichters als Vertreters des Schöffengerichts ist der Gestaltung unseres Prozeßverfahrens fremd, die vielmehr ausschließlich auf den Weg des § 270 StPO. verweist. Daran konnte es auch natürlich nichts ändern, daß der Amtsrichter hier seinen Verweisungsbeschluß als „Kgl. Amtsgericht-Schöffengericht" erließ. Der Beschluß war in Ermangelung einer seine Grundlage bildenden Hauptverhandlung des Schöffengerichts auf fehlerhafte Weise zustandegekommen; das Landgericht hätte ihn in dieser Gestalt nicht zur Unterlage seiner Verhandlung machen sollen.

Allein auf dem Verstoße beruht das Urteil nicht. Das Verfahren hätte, wenn das Landgericht den Verweisungsbeschluß des Amtsrichters beanstandet und einen solchen des Schöffengerichts verlangt hätte, doch seinen Verlauf vor derselben Strafkammer nehmen müssen, war ja doch die ausschließliche Zuständigkeit des Landesgerichts für die Aburteilung der Straftat unzweifelhaft gegeben. Die Angeklagte ist durch die Zulassung des Verweisungsbeschlusses auch in ihrer Verteidigung nicht benachteiligt. Dieser enthielt zur Kennzeichnung der ihr zur Last gelegten Tat alles nach § 270 a. O. Erforderliche, und die in Abs. 4 das. vorgesehene Gelegenheit zur Anbringung von Beweisanträgen war ihr gleichfalls gegeben worden. Ein schöffengerichtlicher Verweisungsbeschluß hätte sie in keiner Hinsicht besserstellen können. Unter diesen Umständen kann die fehlerhafte Art der Verweisung nicht zur Aufhebung des Urteils führen. Der Verweisungsbeschluß des § 270 steht insoweit dem Eröffnungsbeschluß gleich, an dessen Stelle er für das weitere Verfahren tritt, dessen gesetzlichen Erfordernissen er inhaltlich entsprechen muß und, mit dem er auch die beschränkte Anfechtbarkeit gemein hat (Abs. 2, 3 a. O.). Mittels der Revision können beide Beschlüsse unbeschränkt angefochten werden, wenn auf dem ihnen anhaftenden Mangel das Urteil beruht (§ 375 StPO.). Ob letzteres zutrifft, ist nach Lage des Einzelfalles zu entscheiden. Das „Beruhen" ist namentlich nicht etwa schon deshalb anzunehmen, weil der (fehlerhafte)

Beschluß dem weiteren Verfahren Bahn geschaffen und damit erst das angefochtene Urteil ermöglicht habe (Entsch. 2 120, 122); er muß vielmehr durch seine Fehlerhaftigkeit den Ausfall der Entscheidung beeinflußt haben. Davon kann in einem Falle wie dem vorliegenden nach dem Gesagten keine Rede sein.

Die Revision war daher zu verwerfen.

VO. des RK. über den Handel mit Lebens- und Futtermitteln und zur Bekämpfung des Kettenhandels v. 24. Juni 1916 (RGBl. 581) § 1. Sekt als Lebensmittel i. S. der VO. Ob das Lebensmittel von einem größeren oder kleineren Verbraucherkreise verwendet wird, ist unerheblich.

II. StrS. U. v. 17. September 1918. g. S. 2 D 256/18.

Aus den Gründen: Die materiellen Angriffe der Revision sind unbegründet.

Der Beschwerdeführer ist wegen Vergehens gegen die §§ 1 bis 4, § 11 und § 12 Abs. 1 Nr. 1 und § 13 der VO. über den Handel mit Lebens- und Futtermitteln und zur Bekämpfung des Kettenhandels vom 24. Juni 1916 mit 10000 Mk. Geldstrafe bestraft. Entgegen den Ausführungen der Revisionsschrift läßt seine Verurteilung einen Rechtsirrtum zu ungunsten des Beschwerdeführers nicht erkennen.

Bei der Anwendung des § 11 obiger Verordnung berücksichtigt die Strafkammer die Tatsache, daß der Beschwerdeführer drei Kisten mit 150 Flaschen Wein aus Grünberg i. Schles. angekauft und weiterverkauft hat. Es mag der Revision zugegeben werden, daß es sich bei dieser Sendung um Sekt gehandelt hat. Aber Sekt bleibt ein Lebensmittel im Sinne der hier fraglichen Verordnung, auch wenn man ihn als Gegenstand des täglichen Bedarfs nicht anspricht. Die Verordnung v. 24. Juni 1916 will ihrer kriegswirtschaftlichen Bedeutung entsprechend die Lebensmittel im weitesten Umfange gegen unlautere Preistreibereien schützen. Ob das Lebensmittel von einem größeren oder kleineren Verbraucherkreise verwandt wird, ist dabei unerheblich.

Bekanntmachung des RK. betr. Ausführungsbestimmungen zu der VO. über den Verkehr mit fettlosen Wasch- und Reinigungsmitteln v. 5. Oktober 1916 (RGBl. 1130), v. 5. Oktober 1916 (RGBl. 1131) § 2. Zum Begriff »ähnliche anorganische Stoffe und Mineralien« i. S. von § 2 der Bekanntmachung. Zu solchen gehört »Sand«.

II. StrS. U. v. 17. September 1918. g. P. u. R. 2 D 251/18.

Aus den Gründen: Die Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 5. Oktober 1916 ist nicht verletzt. Die Revision rügt, daß das Urteil mit Unrecht den Sand zu den in § 2 a. O. erwähnten „ähnlichen anorganischen Stoffen und Mineralien" rechne, d. h. seine Ähnlichkeit mit den vorher dort aufgezählten: Ton, Kaolin, Lehm, Speckstein, Talkum, Seifenerde, Mergel, Kieselgur, Walkerde und Bolus annehme. Gemeint seien, wie die Aufzählung ergebe, nur solche Stoffe, die durch ihre Beschaffenheit eine gewisse, dem Fett der Seife ähnliche Wirkung erzielen können. Hierzu gehöre bloßer Sand nicht. Hätte er mitbetroffen werden sollen, so würde man ihn ausdrücklich genannt haben.

Dazu ist zu bemerken: Die Nichterwähnung des Sandes beweist, da die Aufzählung keine erschöpfende sein soll, nichts; aufgezählt sind die für fettlose Wasch- und Reinigungsmittel bisher gebräuchlichsten anorganischen

Stoffe und Mineralien, die Einbeziehung der etwa sonst noch zur Verwendung gelangenden wird durch deren „Ähnlichkeit“ mit jenen bestimmt. Daß für die Frage der Ähnlichkeit auch die gemeinsame Eignung zu Wasch- und Reinigungszwecken — also nicht nur die Ähnlichkeit der stofflichen Bestandteile — in Betracht kommt, mag richtig sein. Ob aber dem Sande diese Eignung zukommt, das zu entscheiden, ist lediglich Sache tatrichterlichen Ermessens. Das Landgericht, das einen Vertreter des Medizinalamts Berlin als Sachverständigen gehört hat und im Urteil den Sand als „anorganischen Stoff“ in dem oben angeführten Sinne bezeichnet, hat es ersichtlich angenommen; denn es liegt kein Anhalt dafür vor, daß das Gericht den Begriff der „Ähnlichkeit“ nach der bezeichneten Richtung hin verkannt hätte. Übrigens ist es auch allgemein bekannt, daß Sand zu Reinigungszwecken (bes. zur Scheuerung) verwendet wird; ob seine Wirkung gerade der des Seifenfettes ähnlich ist, kann nicht maßgebend sein, da es sich hier um einen Notbehelf handelt. Das Revisionsgericht ist somit an die Feststellung des Landgerichts gebunden.

StPO. § 217. Die Einreichung einer Untervollmacht zur Vertretung in der Hauptverhandlung, ohne daß ein Hauptverteidiger zu den Akten namhaft gemacht oder eine Hauptvollmacht eingereicht worden ist, ist keine entsprechende Anzeige i. S. des § 217.

II. StrS. U. v. 8. Oktober 1918. g. N. 2 D 392/18.

Aus den Gründen: Nach § 217 StPO. ist neben dem Angeklagten der gewählte Verteidiger zur Hauptverhandlung zu laden, wenn seine Wahl dem Gerichte angezeigt worden ist. Die Anzeige muß vom Angeklagten, im Falle des § 137 Abs. 2 StPO. von dessen gesetzlichem Vertreter oder von einem legitimierten Vertreter des einen oder des anderen ausgehen. Vgl. Entsch. **2** 375, **25** 152, 153 ff.; Rechtsp. **3** 516, **9** 4.

Vorliegend hat der Justizrat Sch. unterm 9. Juli 1918 dem Landgericht angezeigt, daß ihm der Inhaber einer vom Angeklagten erteilten Vollmacht — als welcher jetzt in der Revisionsbegründung der Rechtsanwalt St. genannt wird — „Untervollmacht zur Wahrnehmung der Rechte seines Vollmachtgebers im heutigen und in den folgenden Terminen“ erteilt habe. Die Anzeige ist in der Weise erfolgt, daß der Justizrat Sch. eine „in Sachen gegen den Arbeiter N. aus K.“ ausgestellte, als Untervollmacht bezeichnete und mit einer unleserlichen Unterschrift (St.?) versehene Urkunde einreichte. Die darin enthaltene Angabe, daß Prozeßvollmacht (d. i. eine vom Angeklagten ausgestellte Verteidigungshauptvollmacht) zu den Gerichtsakten überreicht sei, war irrig; eine solche Vollmacht lag nicht vor. Die Überreichungsschrift vom 9. Juli 1918 und ihre Anlage stellten sich hiernach als einseitige Erklärungen des Justizrats Sch. und des Ausstellers der Untervollmacht dar, denen Beachtung zu schenken das Gericht gesetzlich nicht verpflichtet war. Denn der Unterbevollmächtigte führte seine Legitimation zu der Anzeige nach § 217 StPO. lediglich auf seine schriftliche Ermächtigung durch den Hauptverteidiger zurück, und dieser hatte für sich überhaupt keine Legitimation beigebracht. — Ob es nicht angezeigt gewesen wäre, von seiten des Gerichts oder der Staatsanwaltschaft auf die Beschaffung der fehlenden Nachweise hinzuwirken, kann unerörtert bleiben, da jedenfalls die Unterlassung nicht die Revision zu begründen vermag, übrigens auch nicht gerügt worden ist.

StGB. § 263. Die Belastung mit einer bedingten Verpflichtung, deren Erfüllung lediglich von dem Willen des Belasteten abhängig ist (Kauf auf Probe), bildet eine Verschlechterung des Vermögensstandes jedenfalls dann, wenn der Verpflichtete infolge Irrtums nicht in der Lage ist, den Ausfall der Bedingung herbeizuführen.

I. StrS. U. v. 14. Oktober 1918. g. W. 1 D 412/18.

Gründe: Die Ausführungen der Revisionsbegründung bewegen sich fast durchweg auf tatsächlichem Gebiete, indem sie die Richtigkeit der von der Strafkammer getroffenen Feststellungen bestreiten. Insoweit sind sie nach §§ 260, 376 StPO. nicht zu beachten. Das Revisionsgericht hat nur zu prüfen, ob auf den Sachverhalt, den die Strafkammer für erwiesen erachtet hat, das Gesetz richtig angewendet ist, und danach sind Bedenken gegen das Urteil nicht zu erheben. Daß H. durch die Unterzeichnung der Verträge, zu der er Ha. und W. durch Täuschung mit Hilfe des Angeklagten verleitete oder zu verleiten versuchte, einen Vermögensvorteil, insbesondere den Anspruch auf Provision erlangt hätte, nimmt das Urteil nicht an, sondern nur, daß er beabsichtigt hat, sich durch seine Täuschungshandlungen eine Provision, auf die er kein Recht hatte, zu verschaffen, und das genügt, da der Tatbestand des Betruges nur die Absicht des Täters verlangt, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, nicht aber, daß er den erstrebten Vorteil auch erreicht hat. Daß das Schriftstück, das Ha. unterzeichnete, einen Kauf auf Probe enthalten hätte, ist aus dem Urteil nicht zu entnehmen, aber auch wenn es der Fall gewesen wäre, wäre die Annahme, daß die Vermögenslage des Ha. durch die Unterzeichnung verschlechtert worden sei, nicht zu beanstanden, da er, wie festgestellt, nichts davon wußte, vielmehr glaubte, durch die Unterzeichnung keinerlei rechtliche Verpflichtungen übernommen zu haben, und deshalb die Probefrist ungenützt hätte verstreichen lassen. Auch die Belastung mit einer bedingten Verpflichtung ist eine Verschlechterung des Vermögensstandes, und wenn die Bedingung lediglich von dem Willen der Belasteten abhängig ist, jedenfalls dann, wenn er infolge Irrtums nicht in der Lage ist, den Ausfall der Bedingung herbeizuführen. Dasselbe aber gilt für Auslieferung eines Schriftstücks, das die Übernahme einer solchen Verpflichtung der Wahrheit zuwider zu beweisen geeignet ist.

Danach war das Rechtsmittel als unbegründet zu verwerfen.

VO. des BR. v. 12. Juli 1917 über Auskunftspflicht (RGBl. S. 604) §§ 5, 2. a) Wenn auch § 5 der VO. nur die vorsätzliche Nichterteilung der Auskunft in der gesetzlichen Frist mit Strafe bedroht, so ist es doch nicht ausgeschlossen, in Fällen, in denen sofortige Auskunft ohne weiteres erteilt werden kann, auch solche zu verlangen. Der Auskunftpflichtige, der sie trotzdem schlechthin verweigert, macht sich dadurch strafbar. b) Zu § 2. Ein Gaswerk ist über seine Steinkohlenteer-Kleinhandelspreise auskunftpflichtig.

I. StrS. U. v. 14. Oktober 1918. g. H. 1 D 382/18.

Gründe: Das angefochtene Urteil läßt einen Verstoß gegen die Vorschriften der Bundesratsverordnung über Auskunftspflicht vom 12. Juli 1917 nicht erkennen. Strafbar ist zufolge des § 5 der VO. allerdings nur die vorsätzliche Nichterteilung der Auskunft in der gesetzten Frist; über die Dauer dieser Frist ist aber in der VO. Näheres nicht gesagt, und es erscheint daher keineswegs rechtsirrig, wenn die Strafkammer bei deren

Bestimmung lediglich die Lage des einzelnen Falles in dem Sinne für maßgeblich erklärt hat, daß diese die Auskunftserteilung dem dazu Verpflichteten bei billiger Rücksichtnahme auf seine gesamten Verhältnisse innerhalb der Frist ohne ungebührliche Belastung gestatten muß. Hiernach ist es auch nicht ausgeschlossen, in Fällen, in denen sofortige Auskunft ohne weiteres erteilt werden kann, auch solche zu verlangen, und der Auskunftspflichtige, der sie trotzdem schlechthin verweigert, macht sich deshalb dadurch gemäß § 5 der VO. strafbar. Mit Recht hat die Strafkammer den Angeklagten auch hinsichtlich der Steinkohlenteer-Kleinhandelspreise des Gaswerks für auskunftpflichtig erklärt. Zweifellos handelte es sich hierbei ebenfalls um eine Auskunft über wirtschaftliche Verhältnisse des Gaswerksbetriebes im Sinne des § 1 der VO. Ob sich die Auskunftspflicht des Angeklagten hierwegen schon daraus herleiten ließe, daß er als Betriebsleiter des Gaswerks eine Person war, die den Teer, über den Auskunft verlangt wurde, im Gewahrsam hatte oder wenigstens gehabt hatte (§ 2 Nr. 1 der VO.), kann hier dahingestellt bleiben; denn eine solche bestand für ihn jedenfalls auf Grund des § 2 Nr. 2 der VO., welche neben den Gewahrsamsinhabern auch die gewerblichen Unternehmer für auskunftspflichtig erklärt, in Verbindung mit § 151 RGO., wonach die Strafe für Übertretungen polizeilicher Vorschriften bei der Ausübung des Gewerbes, zu denen auch § 1 der VO. zu rechnen ist, durch Personen, welche der Gewerbetreibende zur Leitung des Betriebes oder eines Teils desselben bestellt hat, in erster Reihe diese Personen trifft.

Im Hinblick auf die ausdrückliche Feststellung der Strafkammer, daß der Angeklagte die von ihm verlangte Auskunft über die Steinkohlenteer-Handelspreise, obwohl er dazu in der Lage war, bewußtermaßen verweigert hat und sich auch über seine Verpflichtung, die verlangte Auskunft zu erteilen, vollständig klar war, läßt sich sonach seine Verurteilung rechtlich nicht beanstanden, und es war daher seine Revision als unbegründet zu verwerfen.

StGB. §§ 267, 268. Vermögensvorteil i. S. des § 268 ist nicht nur eine Vermögensvermehrung, sondern jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage, so z. B. Erlangung rationierter Gegenstände. Zum Begriff der Urkunde ist nicht erforderlich, daß die Urkunde für sich allein den Urheber ergibt, wenn dieser nur unter Zuhilfenahme von Umständen, auf die der Inhalt der Urkunde hinweist, für die Beteiligten erkennbar wird.

IV. StrS. U. v. 15. Oktober 1918. g. M. 4 D 593/18.

Aus den Gründen: Die Revision rügt nur, daß das Landgericht den Begriff des Vermögensvorteils verkannt und deshalb den § 268 StGB. zu Unrecht angewandt habe. Die Ausführungen des Landgerichts stehen jedoch insoweit im Einklang mit den Urteilen des Reichsgerichts, Entsch. **50** 277 ff., **51** 237 ff., die auch nach Ansicht des jetzt erkennenden Senats zutreffend begründet sind. Im vorliegenden Fall lag aber ein Vermögensvorteil für den Angeklagten schon darin, daß er sich die zur Fütterung seiner Hühner nötige Gerste verschaffte, was ihm auf rechtmäßige Weise ohne Bezugsschein gar nicht und auf den echten Bezugsschein nur in einer Menge von 3 Pfd. möglich gewesen wäre. Er brauchte, wie das Landgericht feststellt, die Gerste, d. h. die 30 Pfd., die er auf verfälschte Anweisung erhielt, um seine Hühner durchfüttern zu können. Es drohte ihm also, wenn er sie nicht erhielt, der Verlust seiner Hühner und damit eine

Vermögenseinbuße. Auch in der Abwendung einer solchen liegt ein Vermögensvorteil im Sinne von § 268 StGB., denn darunter ist jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage und nicht nur eine Vermögensvermehrung zu verstehen. Daß der Beschwerdeführer diesen Vorteil zu erlangen beabsichtigte, ist zwar im angefochtenen Urteil nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber erkennbar vom Landgericht angenommen worden.

Auch im übrigen läßt die Anwendung des Strafgesetzes einen dem Angeklagten nachteiligen Rechtsirrtum nicht erkennen. Von Rechtsirrtum beeinflußt ist allerdings die Begründung, mit der das Landgericht der vom Kreisausschußsekretär K. ausgestellten schriftlichen Anweisung über 3 Pfd. Gerste die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde abspricht. Wäre es richtig, daß aus der Anweisung, weil der Ausstellungsort nur mit dem Anfangsbuchstaben angegeben ist, nicht hervorgeht, welche Behörde sie ausgestellt hat, so würde überhaupt keine Urkunde vorliegen, denn der Begriff jeder Urkunde erfordert, daß sich aus ihr entnehmen läßt, von wem sie herrührt (Entsch. **17** 282, 283, **26** 270, 271, **30** 118, 121, **34** 205, 206). An diesem Erfordernisse fehlt es aber nur, wenn der Aussteller lediglich unter Zuhilfenahme völlig außerhalb des Inhalts der Urkunde liegender Umstände ermittelt werden kann (Entsch. **40** 217, 218). Daß die Urkunde für sich allein den Urheber ergibt, ist dagegen nicht erforderlich; es genügt vielmehr, wenn dieser unter Zuhilfenahme von Umständen, auf welche der Inhalt der Urkunde hinweist, erkennbar wird, wenigstens für die Beteiligten und Eingeweihten (Entsch. **46** 103, 105 u. 297, 299). Die hier in Rede stehende Anweisung bezeichnet als den Empfangsberechtigten „Herrn M. hier", d. h. den in B. wohnhaften Beschwerdeführer. Es ergibt sich aus ihr also mindestens für die Nächstbeteiligten, daß ihr Ausstellungsort B. und somit ihr Aussteller der dortige Kreisausschußsekretär K. ist. Die Eigenschaft einer Urkunde läßt sich daher der Anweisung nicht absprechen. Ob andere Gründe die Entscheidung rechtfertigen, daß sie keine öffentliche Urkunde war, kann unerörtert bleiben, da diese Annahme dem Angeklagten nur günstig ist.

StGB. § 222. In der Überlassung eines Gewehrs mit scharfen Patronen an einen Ungeübten, besonders einen Jugendlichen, zum selbständigen Gebrauch ohne Aufsicht kann ein Mangel an der gebotenen Sorgfalt und Vorsicht liegen.

IV. StrS. U. v. 15. Oktober 1918. g. N. 4 D 582/18.

Gründe: Die Anwendung des Gesetzes auf den von der Strafkammer gegen den Beschwerdeführer festgestellten Sachverhalt gibt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Die Revisionsausführungen sind wesentlich tatsächlicher Art, stehen auch nicht in Einklang mit den das Revisionsgericht bindenden Feststellungen der Strafkammer. Nach diesen war dem Beschwerdeführer wiederholt eingeschärft worden, das Gewehr keinem anderen zu überlassen. Trotzdem händigte er das Gewehr mit zwei scharfen Patronen seinem jugendlichen Sohn zum Krähenschießen ein, obwohl er wußte, daß dieser nicht die erforderliche Übung und Erfahrung in dem Gebrauch des Gewehrs hatte. In der Überlassung eines Gewehrs mit scharfen Patronen an einen Ungeübten, namentlich einen Jugendlichen, zum selbständigen Gebrauch ohne Aufsicht kann ein Mangel an der gebotenen Sorgfalt und Vorsicht liegen. Ob dies der Fall ist, läßt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilen, ist daher ledig-

lich Sache der tatsächlichen Würdigung. Rein tatsächlich ist auch die Feststellung der Strafkammer, daß der Angeklagte bei Anwendung der erforderlichen Aufmerksamkeit mit Rücksicht auf die mangelnde Übung und Erfahrung des Sohnes sowie dessen Jugend voraussehen konnte, dieser werde möglicherweise bei der Handhabung des Gewehrs nicht vorsichtig genug vorgehen, insbesondere die dem erfahrenen Schützen geläufigen Sicherungsmaßregeln vernachlässigen und dadurch ein Unglück, sogar den Tod eines Menschen herbeiführen. Damit ist die Fahrlässigkeit des Beschwerdeführers rechtlich bedenkenfrei festgestellt. Diese Fahrlässigkeit steht auch in ursächlichem Zusammenhange mit dem Schadenserfolge. Denn gerade durch die für den Beschwerdeführer voraussehbare Außerachtlassung der jedem erfahrenen Schützen geläufigen Sicherungsmaßregeln hat der Sohn den Tod des Kindes verursacht, ein Erfolg, der nicht eingetreten wäre, wenn der Beschwerdeführer die von der Strafkammer geforderte Vorsicht beobachtet hätte, das Gewehr dem Sohne nicht zu überlassen oder doch wenigstens diesem den Gebrauch des Gewehrs nur unter Aufsicht zu gestatten. Die Revision war daher zu verwerfen.

Entscheidungen deutscher Oberlandesgerichte.

Oberlandesgericht Celle.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Sieburg, Celle.

1. Gegen die über Einstellung oder Nichteinstellung des Verfahrens gemäß § 1 der Amnestieverordnung vom 3. Dezember 1918 (RGBl. S. 1393, Preuß. JMBl. S. 443) ergehenden Gerichtsbeschlüsse ist die Beschwerde des § 346 StPO. zulässig. 2. Zur Frage der Rechtsgültigkeit dieser Verordnung. 3. Während noch schwebendem Ermittelungsverfahrens sind für die Prüfung und Entscheidung, ob das Verfahren gemäß der Verordnung einzustellen sei oder nicht, nicht die Gerichte, sondern nur die Staatsanwaltschaften zuständig. 4. Wird in einer Privatklagesache das Verfahren gemäß der Verordnung eingestellt, so können dem Privatkläger weder die gerichtlichen Kosten des Verfahrens, noch auch die dem Angeklagten erwachsenen notwendigen Auslagen auferlegt werden.

a) Beschluß des StrS. vom 30. Januar 1919. 3 W. 7/19.

Gründe: Die Zulässigkeit der Beschwerde gegen den angefochtenen Beschluß, durch den auf Grund des § 1 Abs. 1 der Verordnung vom 3. Dezember 1918 das Verfahren eingestellt ist, ergibt sich aus § 346 StPO. in Verbindung damit, daß das Gesetz und insbesondere auch die Verordnung vom 3. Dezember 1918 Beschlüsse dieser Art der Anfechtung nicht entzieht. Zwar ist in den für die Ausführung der genannten Verordnung durch die allgemeine Verfügung des Preußischen Justizministers vom 4. Dezember 1918 aufgestellten »Richtlinien« (JMBl. S. 445) unter I 5 ausgesprochen, daß eine Anfechtung der Gerichtsbeschlüsse über die Einstellung oder Nichteinstellung des Verfahrens nicht stattfinde; soweit hierunter aber etwas weiteres zu verstehen sein sollte als eine Anweisung an die Staatsanwaltschaften, ihrerseits keine Beschwerden gegen solche Beschlüsse einzulegen, kann diesem Ausspruche die Wirkung eines Ausschlusses der Bescherde nicht beigemessen werden, da in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung, worüber auch die Verordnung vom 3. De-

zember 1918 nichts enthält, durch Anordnung der Justizverwaltung keine Ausnahme von der gesetzlichen Regel des § 346 StPO. begründet werden kann. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß die Verordnung vom 3. Dezember 1918 selbst keine ausdrückliche Bestimmung enthält, wonach ein durch die Verordnung niedergeschlagenes Verfahren, wenn es bereits gerichtlich anhängig ist, durch Gerichtsbeschluß einzustellen ist, daß dies vielmehr lediglich in der erwähnten Verfügung des Justizministers unter I 2 ausgesprochen ist. Denn wenn die Verordnung bestimmt (§ 1 Abs. 5), daß in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen geprüft werden muß, ob eine Untersuchung durch die Verordnung niedergeschlagen ist, und daß der Beschuldigte vor einer ihn ungünstigen Entschließung zu hören ist, so kann dies, da weiteres nicht bestimmt ist, nur so verstanden werden, daß diese Prüfung und die Entschließung hierüber derjenigen Stelle obliegt, bei der das Verfahren anhängig ist, also bei den bereits gerichtlich anhängigen Sachen dem für Entscheidungen in dem betreffenden Abschnitte des Verfahrens nach der Strafprozeßordnung zuständigen Gerichte; dieses ist hierbei auch nur als solches, nicht etwa als Organ der — mit der Sache überhaupt nicht befaßten — Justizverwaltung tätig, und seine Entschließung stellt daher, sofern sie nicht in einem auf Grund der Hauptverhandlung ergehenden Urteil erfolgt, einen den Bestimmungen der Strafprozeßordnung unterliegenden Beschluß dar. In der Verfügung des Justizministers wird somit nur eine selbstverständliche Folgerung aus der Anordnung gezogen, wenn es unter I 2 daselbst heißt, daß das Verfahren in den bereits gerichtlich anhängigen Sachen »durch Beschluß des Gerichts, bei dem das Verfahren anhängig ist«, einzustellen ist; auf diesen »Beschluß des Gerichts« aber muß auch die allgemein von Beschlüssen der Gerichte in Strafsachen handelnde Bestimmung des § 346 StPO. Anwendung finden.

Von der Beschwerde wird nun zunächst die Gesetzmäßigkeit der Verordnung vom 3. Dezember 1918 in Zweifel gezogen, da der Rat der Volksbeauftragten als Regierungsbehörde nicht anerkannt und zum Erlasse einer solchen Verordnung nicht berechtigt sei. Dem kann aber nicht gefolgt werden. Nachdem die bisherige Staatsgewalt und gesetzgebende Gewalt im Deutschen Reiche und in seinen Gliedstaaten mit den Verfassungen, durch die sie geregelt wurde, tatsächlich aufgehört hat, zu bestehen und als solche tätig zu sein, muß diejenige Gewalt, die an ihrer Stelle ihre Aufgaben übernommen und sich tatsächlich als Staatsgewalt und insbesondere auch als gesetzgebende Gewalt durchgesetzt hat, auch als solche gelten, da es sonst an einer Staatsgewalt überhaupt fehlen würde. Hiernach aber übt für das Reich zurzeit und übte auch am 3. Dezember 1918 der Rat der Volksbeauftragten wie die Staatsgewalt überhaupt, so insbesondere auch die gesetzgebende Gewalt aus, und zwar diese letztere ohne Bindung an die Zustimmung anderer Körperschaften. Steht ihm aber die gesetzgebende Gewalt für das Reich unbeschränkt zu, so kann er im Wege der Gesetzgebung auch die Niederschlagung anhängiger sowohl wie auch noch nicht anhängiger Strafverfahren anordnen; und als ein Akt der Gesetzgebung stellt sich die hierüber ergangene, im Reichsgesetzblatt veröffentlichte Verordnung vom 3. Dezember 1918 dar, indem der Gebrauch des Wortes »Verordnung« statt »Gesetz« in dieser Beziehung bedeutungslos ist.

In der Sache selbst . . .

b) Beschluß des StS. vom 6. März 1919. 3 W. 23/19.

Gründe: Was die Frage der Zulässigkeit der Beschwerde anlangt, so hält der Senat an der von ihm schon in mehreren Fällen zum Ausdruck

gebrachten, u. a. in der Sache 3 W 7/19 — vgl. oben zu a) — zunächst für bereits gerichtlich anhängige Sachen näher begründeten Auffassung fest, daß die über Einstellung oder Nichteinstellung des Verfahrens gemäß § 1 der Verordnung vom 3. Dezember 1918 ergehenden gerichtlichen Beschlüsse nach § 346 StPO. mit der Beschwerde anfechtbar sind, da das Gesetz und insbesondere auch die Verordnung vom 3. Dezember 1918 sie solcher Anfechtung nicht entzieht. Die in einem Beschlusse des Kammergerichts vom 10. Januar 1919 (Deutsche Juristenzeitung, Heft 3 bis 4, S. 185) vertretene gegenteilige Auffassung kann nicht für richtig erachtet werden. Wenn dort darauf hingewiesen wird, daß die Verordnung vom 3. Dezember 1918 eine Beschwerde nicht zugelassen habe, so ist dies nur insofern richtig, als die Verordnung die Beschwerde ausdrücklich weder zuläßt noch ausschließt; eben hieraus aber folgt nach § 346 StPO. ihre Zulässigkeit. Inwiefern aber eine Entscheidung im Sinne der StPO. nicht vorliegen soll, ist nicht erkennbar; die Bestimmungen der Strafprozeßordnung gelten grundsätzlich für das gesamte Verfahren in Strafsachen, und wenn sie in § 346 von »allen« von den Gerichten in erster Instanz oder in der Berufungsinstanz erlassenen Beschlüssen redet, so sind daher hierunter alle in Strafsachen ergehenden Beschlüsse dieser Art zu verstehen, nicht etwa nur solche, die in der Strafprozeßordnung ihre Grundlage haben, insbesondere also auch solche, die auf erst später erlassenen Gesetzen beruhen, es müßten denn im besonderen Falle diese Gesetze Gegenteiliges bestimmen oder doch wenigstens aus ihnen sich ergebende innere Gründe dem entgegenstehen. Demgemäß enthalten denn auch offenbar im Hinblick auf § 346 StPO. die nach der Strafprozeßordnung erlassenen Gesetze vom 20. Mai 1898, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, und vom 14. Juli 1904, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, im § 4 die ausdrückliche Bestimmung, daß die dort vorgesehenen Beschlüsse der Anfechtung durch Rechtsmittel nicht unterliegen; ohne diese ausdrückliche Bestimmung würde auch für diese Beschlüsse § 346 StPO. maßgebend sein, wie er es in Ermangelung einer entsprechenden ausdrücklichen gegenteiligen Bestimmung für die hier in Frage stehenden Beschlüsse in der Tat ist. Es führt auch nicht etwa der in der erwähnten Entscheidung des Kammergerichts an anderer Stelle hervorgehobene Umstand, daß die auf Einstellung lautende Entscheidung nur deklarative Bedeutung hat (Feststellung, daß das Verfahren kraft Gesetzes niedergeschlagen ist), zu einem anderen Ergebnisse; ob eine gerichtliche Entscheidung konstitutive oder deklarative Bedeutung hat, begründet keinen Unterschied für die Frage ihrer Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel, wie denn zum Beispiel auch in Zivilsachen die rein deklarativen Feststellungsurteile mit dem gleichen Rechtsmittel anfechtbar sind wie andere Urteile. Auch sonst fehlt es an einem inneren Grunde, aus dem eine Anwendung des § 346 StPO. auf Beschlüsse der hier fraglichen Art ausgeschlossen sein sollte.

Nun liegt der gegenwärtige Fall insofern anders als die bisher entschiedenen Fälle dieser Art, als es sich vorliegend um eine noch nicht gerichtlich anhängige Sache handelt; der angefochtene, auf Einstellung des Verfahrens lautende Beschluß des Landgerichts ist ergangen, während das Verfahren noch als Ermitttelungsverfahren bei der Staatsanwaltschaft schwebte. Dies ändert aber nichts an der Zulässigkeit der Beschwerde, da § 346 StPO. sich, wie bereits erwähnt, auf alle in Strafsachen von den Gerichten in erster Instanz (oder in der Berufungsinstanz) erlassenen

Beschlüsse bezieht, wie dies auch bezüglich anderer während des Ermittelungsverfahrens ergehender gerichtlicher Beschlüsse, z. B. Haftbefehle und Beschlagnahmeverfügungen, keinem Zweifel unterliegt.

Wohl aber führt dieser Umstand dazu, daß auf die hiernach zulässige Beschwerde der angefochtene Beschluß ohne sachliche Prüfung aufzuheben ist, weil er wegen fehlender Zuständigkeit des Gerichts nicht erlassen werden durfte. Die Verordnung vom 3. Dezember 1918 enthält keine besondere Bestimmung darüber, durch welches Organ die in § 1 Abs. 1 für jede Lage des Verfahrens vorgeschriebene Prüfung, ob eine Untersuchung durch die Verordnung niedergeschlagen ist, vorzunehmen und die Entschließung zu treffen ist, die, wie der folgende Satz ergibt, auf Grund dieser Prüfung zu ergehen hat; es ist auch nicht etwa die Justizverwaltung durch die Verordnung ermächtigt, dieses Organ zu bezeichnen. Es bedurfte aber auch einer solchen besonderen Bestimmung nicht, da in Ermangelung einer abweichenden Bestimmung es sich von selber ergibt, daß diese Prüfung und Entschließung derjenigen Stelle obliegt, bei der das Verfahren anhängig ist, also in den bereits gerichtlich anhängigen Sachen dem für Entscheidungen in dem betreffenden Abschnitte des Verfahrens nach der Strafprozeßverordnung zuständigen Gerichte, in den noch nicht gerichtlich anhängigen Sachen dagegen der für die Strafverfolgung und das Ermittelungsverfahren nach der Strafprozeßordnung zuständigen Staatsanwaltschaft. Diese hat also, wenn ein bei ihr schwebendes Ermittelungsverfahren durch die Verordnung niedergeschlagen ist, in gleicher Weise wie im Falle des § 168 Abs. 2 StPO. dessen Einstellung zu verfügen, und wenn auf ein solches Verfahren die Voraussetzungen der Verordnung nicht zutreffen, dem Beschuldigten zu eröffnen, daß es nicht niedergeschlagen ist. Dies ist auch in zutreffender Weise in Ziffer 2 Abs. 1 der von dem Justizminister zur Ausführung der Verordnung vom 3. Dezember 1918 gegebenen Richtlinien zum Ausdruck gebracht. Wenn nun im vorliegenden Falle, obwohl die Sache noch nicht gerichtlich anhängig war, doch das Gericht einen Beschluß über die Einstellung des Verfahrens erlassen hat, so ist es hierzu veranlaßt worden durch die weiteren Bestimmungen unter Ziffer 2 Abs. 2 und 3 der erwähnten Ausführungsbestimmungen des Justizministers, wonach in bestimmten Fällen die Strafverfolgungsbehörde, wenn sie im Gegensatz zur Erklärung des Beschuldigten die Voraussetzungen der Niederschlagung für nicht gegeben erachtet, »über die Frage der Einstellung des Verfahrens einen Beschluß des Gerichts, daß für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständig sein würde, herbeizuführen hat«. Die Staatsanwaltschaft hat nämlich unter Bezugnahme auf diese Ministerialverfügung die Akten der Strafkammer »zur Entscheidung über die Frage der Einstellung« vorgelegt, und die Strafkammer hat daraufhin den jetzt angefochtenen Beschluß erlassen, daß das Verfahren auf Grund der Verordnung vom 3. Dezember 1918 eingestellt werde, ohne sich übrigens darüber auszusprechen, aus welchen Gründen sie im Gegensatze zur Ansicht der Staatsanwaltschaft die Voraussetzungen dieser Verordnung für gegeben erachtet. Zum Erlasse eines solchen Beschlusses aber fehlte der Strafkammer die Zuständigkeit. Denn in einem noch nicht gerichtlich anhängigen Verfahren ist das Gericht nur zu solchen Entscheidungen berechtigt und verpflichtet, die ihm durch das Gesetz besonders übertragen sind, und das Gesetz, insbesondere auch die Verordnung vom 3. Dezember 1918, hat ihm eine solche Entscheidung wie die hier getroffene in noch nicht bei ihm anhängigen Sachen nicht übertragen, weder unmittelbar noch durch

Vermittelung eines von ihm dazu ermächtigten Organs. Durch eine nicht auf eine besondere gesetzliche Ermächtigung gestützte Anordnung der Justizverwaltung konnte für das Gericht weder die Verpflichtung noch die Befugnis zu einer solchen Entscheidung begründet werden. Keiner Erörterung bedarf hier die Frage, ob die erwähnte Bestimmung des Justizministers vielleicht entgegen ihrem Wortlaute, der von der Herbeiführung eines »Beschlusses« des Gerichtes redet, dahin umgedeutet werden kann, daß die Staatsanwaltschaft lediglich eine gutachtliche Äußerung des Gerichts — deren Abgabe diesem durch die vorgesetzte Dienstaufsichtsbehörde unbedenklich zur Pflicht gemacht werden kann, und der gegenüber eine Beschwerde begrifflich ausgeschlossen sein würde — einholen und diese der ihr obliegenden Entscheidung über die Frage der Niederschlagung zu grundelegen soll. Denn jedenfalls hat die Strafkammer mit dem angefochtenen »Beschlusse« — auch wenn auf diese Bezeichnung in der Überschrift kein ausschlaggebendes Gewicht gelegt wird — nicht eine solche gutachtliche Äußerung abgeben, sondern eine Entscheidung — wenn auch nur deklarativer Natur — treffen wollen, indem sie darin deutlich ausspricht, daß das Verfahren eingestellt werde, nicht nur daß (und weshalb) es nach ihrer Auffassung eingestellt werden müsse. Zu einer solchen Entscheidung aber war sie nach dem Gesetze nicht berufen. Der Beschluß unterlag deshalb der Aufhebung, ohne daß eine Entscheidung des Beschwerdegerichts in der Sache selbst zu treffen war.

c) Beschluß des StrS. vom 10. März 1919. 3 W 12/19.

Gründe: Die Zulässigkeit der Beschwerde ist in gleicher Weise wie gegenüber dem die Einstellung des Verfahrens auf Grund der Verordnung vom 3. Dezember 1918 aussprechenden Beschlusse selbst auch gegenüber dem jetzt angefochtenen ergänzenden Beschlusse über die Kosten des Verfahrens nach § 346 StPO. gegeben, da durch das Gesetz und insbesondere auch durch die Verordnung vom 3. Dezember 1918 diese Beschlüsse der Anfechtung nicht entzogen sind.

Die Beschwerde ist auch für begründet zu erachten. Auszugehen ist freilich davon, daß die Einstellung des Verfahrens mit Recht ausgesprochen ist, da die Voraussetzungen seiner Niederschlagung nach § 1 Abs. 1 der Verordnung vom 3. Dezember 1918 gegeben sind und diese Verordnung auch für rechtsgültig zu erachten ist, wie bereits in dem Beschlusse dieses Senats vom 30. Januar 1919 in Sachen 3 W 7/19 — vgl. oben zu a — näher ausgeführt ist. Die Rechtsgültigkeit der Verordnung kann auch nicht, wie dies gelegentlich geschehen ist, aus dem Grunde verneint werden, daß sie sich mit Gegenständen befasse, die der landesgesetzlichen Regelung unterlägen. Denn vermöge der sogenannten Kompetenz-Kompetenz vermag das Reich seine gesetzgeberische Zuständigkeit jederzeit selber auf das bisher nicht von ihr in Anspruch genommene Gebiet zu erstrecken; und ebensowenig können die in dem Beschlusse des Landgerichts Hirschberg vom 30. Dezember 1918, mitgeteilt in der Deutschen Juristenzeitung Heft 3—4 Seite 175, gegen ihre Gültigkeit angeführten Gründe für durchschlagend erachtet werden. Insbesondere kann, wenn einmal überhaupt eine bestehende Gewalt als gesetzgebende Gewalt anerkannt wird, deren Gesetzgebungsbefugnis nicht in dem Sinne auf die Fälle des unbedingt notwendigen Eingreifens beschränkt werden, daß es Sache der richterlichen Entscheidung wäre, die Innehaltung dieser, naturgemäß niemals scharf abzugrenzenden Schranke nachzuprüfen, vielmehr kann dies nur dem eigenen Ermessen der gesetzgebenden Gewalt überlassen bleiben.

Was nun die vorliegende Beschwerde in materieller Beziehung betrifft, so bestimmt allerdings § 503 Abs. 2 StPO. für den Fall der Einstellung eines Privatklageverfahrens — um das es sich hier handelt —, daß dem Privatkläger außer den eigentlichen Kosten des Verfahrens auch die dem Beschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen zur Last fallen. Diese Bestimmung bezieht sich aber zunächst nur auf die aus der Strafprozeßordnung selbst sich ergebenden Fälle der Einstellung (§§ 259 Abs. 2, 433), dagegen auf andere, insbesondere auf erst durch spätere Gesetze eingeführte Fälle dieser Art nur insoweit, als dem keine aus der besonderen Bedeutung dieser Einstellung sich ergebenden inneren Gründe entgegenstehen. Solche Gründe aber liegen bei der besonderen, dem bisherigen Rechte unbekannten Art von Einstellung des Verfahrens, die sich aus der durch die Verordnung vom 3. Dezember 1918 angeordneten Niederschlagung bestimmter Strafverfahren ergibt, in der Tat vor. Die Bedeutung dieser Niederschlagung besteht darin, daß der Staat auf das ihm als solchem mit der Begehung einer Straftat erwachsene öffentliche Recht der Ahndung, bevor über das Bestehen dieses Rechts entschieden ist, verzichtet; um ein solches öffentliches Recht des Staates handelt es sich auch dann, wenn ein vom Verletzten zu betreibendes Verfahren Voraussetzung seiner Durchführung ist. Die Niederschlagung des Verfahrens bedeutet aber den Verzicht des Staates nicht nur auf das Recht der Bestrafung im engeren Sinne, sondern auch auf das hiermit verbundene, der Feststellung in demselben Verfahren unterliegende Recht auf Zahlung der Gebühren und Erstattung der Auslagen durch den Begeher der Straftat; sie hat also auch die Niederschlagung der Gerichtskosten zur notwendigen Folge. Insoweit ist der Auffassung des Kammergerichts in dem Beschlusse vom 10. Januar 1919 (Deutsche Juristenzeitung Heft 3—4 Seite 185) beizutreten. Schon hieraus aber ergibt sich, daß, wenn ein Privatklageverfahren auf Grund der Niederschlagung durch die Verordnung vom 3. Dezember 1918 eingestellt wird, auf diese Einstellung, die nur deklarative Bedeutung hat, § 503 Abs. 2 StPO. jedenfalls nicht unbeschränkt Anwendung finden kann, nämlich jedenfalls insoweit nicht, als nach dieser Bestimmung der Privatkläger mit den Gerichtskosten zu belasten sein würde; diese sind vielmehr, wie es auch durch den angefochtenen Beschluß ausgesprochen ist, niederzuschlagen. Es kann aber entgegen der Ansicht des Kammergerichts in dem erwähnten Beschlusse § 503 Abs. 2 StPO. auch auf die außergerichtlichen Kosten, insbesondere auf die Auslagen des Angeklagten, in dem Falle einer Einstellung auf Grund der Verordnung vom 8. Dezember 1918 keine Anwendung finden. Denn wenn der Staat im Wege der Niederschlagung des Verfahrens auf sein Recht auf Strafe und Kosten (für den Fall, daß es besteht) verzichtet, so fehlt es an jedem inneren Grunde, weshalb hiermit eine Verpflichtung des Privatklägers verbunden sein sollte, dem Angeklagten, gegen den er vor der Niederschlagung eine möglicherweise berechtigte Privatklage erhoben hatte, dessen hierdurch entstandene Auslagen zu erstatten. Wenn das Kammergericht, obwohl es eine Einstellung im Sinne des § 503 Abs. 2 StPO. nicht als vorliegend erachtet, diese Bestimmung hinsichtlich der nicht durch die Niederschlagung beseitigten, also hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten zur entsprechenden Anwendung bringen will, so kann nicht anerkannt werden, daß hierfür ein ausreichender Grund vorliege. Es mag dahinstehen, ob aus § 503 Abs. 2 ein allgemeiner Grundsatz des Inhalts zu entnehmen ist, daß der Privatkläger die Gefahr der von ihm übernommenen Verfolgung des staatlichen Strafanspruchs — dessen Verfolgung durch den Staat selbst er nicht erzwingen kann —

zu tragen habe. Jedenfalls versagt dieser Gesichtspunkt, wenn durch ein Eingreifen der staatlichen Gesetzgebung selbst, durch welches der Staat seinen Strafanspruch aufgibt, dem Privatkläger, der hiermit bei Erhebung der Privatklage noch nicht rechnen konnte, unmöglich gemacht wird, die im Vertrauen auf das von solchen Eingriffen nicht berührte Fortbestehen des staatlichen Strafanspruchs übernommene Verfolgung weiterzuführen. Es wäre eine durchaus unbillige und durch den Zweck der Verordnung vom 3. Dezember 1918 nicht gerechtfertigte, daher auch nicht als ihrem Sinne entsprechend anzusehende, Schädigung des Privatklägers, wenn in einem solchen Falle der Privatkläger neben der Behinderung an der Fortführung des Verfahrens auch noch verpflichtet sein sollte, dem Angeklagten, dessen Verurteilung er sonst möglicherweise erzielt haben würde, Kosten zu erstatten, und es liegt daher, entgegen der Ausführung des Kammergerichts in dem erwähnten Beschlusse, sehr wohl Anlaß vor, den Fall der Niederschlagung des Verfahrens in dieser Beziehung anders zu behandeln als die Fälle, in denen der Angeklagte vor der rechtskräftigen Entscheidung stirbt oder in Geisteskrankheit verfällt; dies sind Umstände, mit deren Möglichkeit der Privatkläger bei Erhebung der Privatklage rechnen mußte, während er mit einem Verzichte des Staates auf den Strafanspruch im Wege des Eingreifens der Gesetzgebung nicht rechnen konnte.

Hiernach war auf die Beschwerde des Privatklägers der angefochtene Beschluß, soweit durch denselben dem Privatkläger die dem Angeklagten erwachsenen notwendigen Auslagen auferlegt sind, aufzuheben.

Entscheidungen des Kammergerichts.

Mitgeteilt von Geheimen Justizrat Stubenrauch, Berlin.

StGB. §§ 246, 263. BGB. §§ 119, 121, 142 Abs. 1. Unter welchen strafrechtlichen Gesichtspunkten ist die Handlung desjenigen zu beurteilen, der den Besitz eines ihm von einem anderen irrtümlich als einen Fünfmarkschein in Zahlung gegebenen Fünfzigmarkscheines ableugnet? Welche Bedeutung hat es für die Beurteilung seiner Tat, wenn der andere den Schein sofort zurückverlangt hat?

StrS. U. v. 20. Mai 1919 g. U. S. 36. 19.

Gründe: Nach den Feststellungen des Landgerichts hat die Angeklagte den Besitz eines Fünfzigmarkscheines, den ihr die Zeugin B. irrtümlich als einen Fünfmarkschein in Zahlung gegeben hatte, wissentlich abgeleugnet. Sie ist vom Schöffengericht wegen Unterschlagung zu Strafe verurteilt. Die Strafkammer hat ihre Berufung mit der Maßgabe verworfen, daß die Tat nicht als Unterschlagung, sondern als Betrug zu bestrafen sei.

Die Revision rügt ohne nähere Begründung die Verletzung sachlichen Rechts, insbesondere des § 263 StGB. Dem Rechtsmittel war der Erfolg nicht zu versagen.

Das Landgericht erblickt in dem Ableugnen des Besitzes ein auf Täuschung angelegtes Verhalten der Angeklagten und nimmt ferner an, daß die Zeugin B. schon durch das zeitweise Vorenthalten des Fünfzigmarkscheines in ihrem Vermögen beschädigt worden sei. Diese Ansicht erscheint zwar nicht rechtsirrig, vermag jedoch die Anwendung des § 263 StGB. noch nicht zu begründen. Eine Verurteilung wegen vollendeten Betruges setzt vielmehr voraus, daß der Täter durch seine Täuschungshandlung einen Irrtum erregt

oder unterhalten hat, und daß infolge des Irrtums eine Vermögensverfügung erfolgt ist, die zu einer Vermögensbeschädigung führte. Im vorliegenden Falle läßt sich aus dem bisher festgestellten Sachverhalte nicht erkennen, in welchen Irrtum die Zeugin durch die Angeklagte versetzt worden ist. Wie der Vorderrichter anführt, hat sie die Verwechselung der Geldscheine unmittelbar nach der Zahlung erkannt, die Angeklagte sofort zur Rede gestellt und trotz deren Leugnens die Angelegenheit alsbald bei der Polzeibehörde zur Anzeige gebracht. Danach gewinnt es den Anschein, daß sie bis zu der eigentlichen Täuschungshandlung der Angeklagten, dem Ableugnen des Besitzes, sich in einem Irrtum überhaupt nicht befunden hat, und daß ein solcher durch die Täuschungshandlung weder unterhalten noch erregt worden ist. Aus den Feststellungen des Vorderrichters ist ferner nicht ersichtlich, daß die Zeugin eine Vermögensverfügung getroffen hat. Eine solche Verfügung hätte vorliegen können, wenn die Geschädigte infolge der Täuschung ihren Anspruch auf Herausgabe des Fünfzigmarkscheines aufgegeben hätte. Dies war aber nicht der Fall; vielmehr hat die Zeugin ihre Forderung gegen die Angeklagte auf Herausgabe des Fünfzigmarkscheines sofort geltend gemacht. Mithin ist der Tatbestand des vollendeten Betruges nicht festgestellt, und es könnte nur in Frage kommen, ob nicht versuchter Betrug begangen ist.

Das angefochtene Urteil unterlag deshalb der Aufhebung. In der erneuten Verhandlung wird den vorstehenden Bedenken Rechnung zu tragen, zugleich aber nochmals zu erwägen sein, ob die Tat sich nicht auch als Unterschlagung darstellt und die Angeklagte wegen versuchten Betruges in Tateinheit mit Unterschlagung zu bestrafen ist. Das Landgericht verneint die Anwendbarkeit des § 246 StGB. deshalb, weil die Angeklagte mit Wissen und Willen der Zeugin B. Eigentum an dem Fünfzigmarkschein erlangt, sich also keine ihr fremde Sache zugeeignet habe. Offenbar ist hierbei nicht erwogen, daß die Zeugin den Schein sofort zurückverlangt und damit einen Willensentschluß betätigt hat, der gemäß §§ 119, 121 BGB. als wirksame Anfechtung des Rechtsgeschäftes angesprochen werden könnte und die in § 142 Abs. 1 BGB. vorgesehene Folge der Nichtigkeit der Übereignung nach sich gezogen haben würde.

---

*Verordnung des **Bundesrats** über die Kartoffelversorgung im Wirtschaftsjahr 1917/18 vom 28. Juni 1917 (RGBl. S. 569) §§ 7 Abs. 3, 15 Abs. 1 und 2, 17 Abs. 1 Ziffer 3 und Abs. 3. BGB. §§ 854, 866, 868, 1373. StPO. § 394. Ist auch die mit ihrem Ehemanne im gesetzlichen Güterstande lebende Frau, die mit ihrem Manne Eigentümerin eines Bauerngutes ist, im Sinne der kriegswirtschaftlichen Verordnungen als Besitzerin des Bauerngutes und der dazu gehörigen Räume, in denen Vorräte gelagert werden, anzusehen? — Ist die nach § 17 Abs. 3 der oben bezeichneten Verordnung vom 28. Juni 1917 bei vorsätzlichem Verschweigen usw. von Vorräten auf mindestens den zwanzigfachen Wert der betreffenden Vorräte zu berechnende Geldstrafe auf den daselbst in Abs. 1 angedrohten Höchstbetrag der Geldstrafe beschränkt?*

StrS. U. v. 13. Juni 1919 g. S. S. 48. 19.

Gründe: Nach den Feststellungen des Vorderrichters hat die Angeklagte, die mit ihrem Ehemann Eigentümerin eines Beuerngutes ist, am 7. Mai 1918 dem zur Aufnahme des Kartoffelbestandes bestellten Ausschusse wissentlich unrichtige Angaben über die Menge der auf dem Gute eingelagerten Kartoffeln gemacht und mindestens 100 Zentner vorsätzlich

verschwiegen. Sie ist deshalb wegen Vergehens gegen § 17 Abs. 1 Ziffer 3 und Abs. 3 der Verordnung über die Kartoffelversorgung im Wirtschaftsjahr 1917/18 vom 28. Juni 1917 (RGBl. S. 569) zu 12000 Mark Geldstrafe verurteilt. Das Landgericht führt aus, sie habe durch ihr Verhalten gegen die nach § 7 Abs. 3 und § 15 Abs. 2 daselbst ihr obliegende Pflicht zur Auskunfterteilung verstoßen.

Die Revision rügt Verletzung sachlichen Rechts, insbesondere der vorbezeichneten Bestimmungen sowie des § 1373 BGB. Dem Rechtsmittel war in der Hauptsache der Erfolg zu versagen.

Allerdings kann die Vorschrift in § 7 Abs. 3 der Verordnung vom 28. Juni 1917 nicht Anwendung finden. Sie bezieht sich auf die Wirtschaftskarte und verpflichtet den Unternehmer eines landwirtschaftlichen Betriebes, auf Erfordern des Kommunalverbandes oder der Gemeinde alle zur Anfertigung und Fortführung der Karte erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Um eine solche Auskunft handelt es sich im vorliegenden Falle nicht. Die landgerichtlichen Feststellungen lassen jedenfalls nicht erkennen, daß der Ausschuß von dem Kommunalverbande oder der Gemeinde beauftragt war, eine für die Ausfüllung der Wirtschaftskarte wesentliche Auskunft einzuholen. Es kann daher unerörtert bleiben, ob die Angeklagte, wie das Landgericht annimmt, als Unternehmerin eines landwirtschaftlichen Betriebes im Sinne des § 7 Abs. 3 zu gelten hat.

In Frage kommt allein einer der in § 15 vorgesehenen Fälle. Nach Abs. 1 daselbst sind die Beamten der Polizei und die von der Reichskartoffelstelle, den Vermittlungsstellen, den Kommunalverbänden oder den Polizeibehörden beauftragten Personen befugt, in Räume, in denen Kartoffeln gelagert, feilgehalten oder verarbeitet werden, einzutreten und daselbst Besichtigungen vorzunehmen. In Abs. 2 wird den Besitzern der Räume sowie den von ihnen bestellten Betriebsleitern und Aufsichtspersonen zur Pflicht gemacht, den nach Abs. 1 zum Betreten der Räume Berechtigten auf Erfordern Auskunft über die vorhandenen Vorräte, ihre Herkunft und die Art ihrer Verwendung zu erteilen. Nun geht zwar aus den Feststellungen der Strafkammer nicht hervor, daß der bei der Angeklagten erschienene Ausschuß von einer der in § 15 Abs. 1 bezeichneten Amtsstellen mit der Besichtigung der Kartoffeln beauftragt war. Über diesen Mangel des Urteils kann jedoch hinweggesehen werden. Nach der ganzen Sachlage ist es nicht zweifelhaft, daß der Ausschuß von dem Kommunalverbande zur Bestandsaufnahme bestellt und somit zum Betreten der Lagerräume berechtigt war. Auch die Angeklagte hat weder jetzt noch in den früheren Rechtsgängen die Berechtigung des Ausschusses angezweifelt. Sie bemängelt allein, daß sie als Besitzerin der Räume angesehen und deshalb zur Auskunfterteilung für verpflichtet erachtet werde.

Allein ihre Rüge ist unbegründet. Zwar mag nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts der Ehemann der Angeklagten, da beide im gesetzlichen Güterrechte leben, den Alleinbesitz an dem Bauerngute erlangt haben (§ 1373 BGB.). Durch die Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Begriff des Besitzes wird jedoch schon das allgemeine Strafrecht nicht berührt. Die kriegswirtschaftlichen Verordnungen vollends sind nicht nach zivilrechtlichen Grundsätzen auszulegen, sondern aus sich selbst heraus nach ihrer wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Bedeutung zu erfassen. Das Landgricht führt aus, daß wegen der tatsächlichen Verhältnisse des Bauerngutes auch die Angeklagte als Besitzerin anzusehen sei, um so mehr als ihr Miteigentum an dem Gute zustehe. Diese Ansicht wird

den wirtschaftlichen Zwecken der Verordnung vom 28. Juni 1917 gerecht und läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Im übrigen übersieht die Revision, daß auch die im gesetzlichen Güterstande lebende Frau den Besitz an dem eingebrachten Gute nicht verliert, wenn der Mann von dem ihm zugestandenen Rechte des § 1373 BGB. Gebrauch macht. Allerdings ist sie dann nicht mehr Alleinbesitzerin, auch verbleibt ihr kein Mitbesitz im Sinne des § 866 BGB., weil sie die tatsächliche Gewalt über die eingebrachten Sachen nicht mehr ausübt (§ 854 daselbst). Ihr früherer Alleinbesitz verwandelt sich aber in den sogenannten mittelbaren Besitz (§ 868) und auch in diesem Verhältnisse ist sie Besitzerin dieser Sachen.

Die im Schriftsatze vom 21. Februar 1919 enthaltenen Ausführungen konnten als verspätet nicht berücksichtigt werden. Da jedoch das Urteil im ganzen Umfange angefochten ist, war auch die Abmessung der Strafe nachzuprüfen. Die Vorderrichter berechnen die Strafe nach dem 20fachen Werte der vorsätzlich verschwiegenen Kartoffeln und gelangen so zu einem Betrage von 12000 Mark. Dieses Ergebnis beruht auf einer rechtsirrigen Auslegung des § 17 Abs. 3 der angewendeten Verordnung. Es wird übersehen, daß nach Abs. 1 daselbst der Höchstbetrag der zu erkennenden Geldstrafe 10000 Mark ist. Die in Abs. 3 enthaltene Vorschrift hat nicht die Bedeutung, daß es angängig oder geboten sei, in den Fällen der vorsätzlichen Hinterziehung die Höchststrafe des Abs. 1 noch weiter zu erhöhen. Sie will vielmehr für derartige Fälle nur eine Mindeststrafe festlegen und dadurch erreichen, daß auch beim Verschweigen verhältnismäßig geringer Vorräte eine der wirtschaftlichen Bedeutung des Vergehens entsprechenden Strafe ausgesprochen wird.

Wegen der rechtsirrigen Zumessung der Strafe mußte das angefochtene Urteil aufgehoben werden. Gemäß § 394 StrPO. konnte jedoch das Revisionsgericht in der Sache selbst entscheiden, weil die Feststellungen des Vorderrichters durch die Gesetzesverletzung nicht berührt werden und in Übereinstimmung mit dem Antrage des Oberstaatsanwaltes die gesetzlich niedrigste Geldstrafe angemessen erschien. Diese Mindeststrafe deckt sich mit der in § 17 Abs. 1 vorgesehenen Höchststrafe.

GVG. § 159. Was für eine Handlung ist als verboten im Sinne dieser Vorschrift anzuerkennen? Darf das Ersuchen eines Gerichts in einer Strafsache um Vernehmung einer Person deshalb abgelehnt werden, weil das ersuchte Gericht der Ansicht ist, daß die Untersuchung in jener Sache niedergeschlagen ist?

StrS. B. v. 21. Februar 1919 g. K. u. Gen. W. 76/19.

Gründe: Das Amtsgericht zu B. hat das Ersuchen um Vernehmung des Kaufmanns W. in B. unter Hinweis darauf abgelehnt, daß die Amnestie-Verordnung vom 3. Dezember 1918 in dem vorliegenden Strafverfahren Platz greife. Nach der maßgebenden Vorschrift des § 159 GVG. darf ein Ersuchen um Rechtshilfe nur dann abgelehnt werden, wenn dem ersuchten Gerichte die örtliche Zuständigkeit mangelt oder die vorzunehmende Handlung nach dem Rechte des ersuchten Gerichts verboten ist. Der erstere Ablehnungsgrund kommt hier nicht in Frage. Als verboten im Sinne dieser Vorschrift ist aber nur eine solche Handlung anzuerkennen, welche an sich (in abstracto) unzulässig ist. Darüber, ob im einzelnen Falle die gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Vornahme zutreffen, hat nur das ersuchende Gericht zu entscheiden. (Löwe-Rosenberg, Strafprozeß-

ordnung 14. Aufl. S. 1046 Anm. 3b zu § 159 GVG.) Ob die Untersuchung in dieser Sache als niedergeschlagen anzusehen und das Verfahren deswegen einzustellen ist, unterliegt der Entschließung des mit der Untersuchung befaßten Amtsgerichts zu L. gemäß § 1 Abs. 3 und 5 der Verordnung vom 3. Dezember 1918. Einer Entscheidung dieses Gerichts durfte das ersuchte Gericht keinesfalls vorgreifen. Hiernach ist die Ablehnung des Ersuchens zu Unrecht erfolgt.

StPO. §§ 41, 385, 389 Abs. 1. Geschäftsordnung für die Sekretariate der Staatsanwaltschaften bei den Landgerichten vom 12. November 1906 (JMBl. S. 485) § 5 Ziff. 2, 4 und 5. Zustellungen an die Staatsanwaltschaft. Ist in dem Falle, daß mit der Zustellung der Lauf einer Frist beginnt, die Wirksamkeit der Zustellung davon abhängig, daß nach der Vorschrift im zweiten Satze des § 41 StPO. der Tag der Vorlegung von der Staatsanwaltschaft auf der Urschrift vermerkt wird, oder erfüllt der Eingang der Urschrift bei der Behörde als solcher den Begriff der Vorlegung, durch welche die Zustellung bewirkt wird? Welche Bedeutung haben in dieser Hinsicht die in der oben bezeichneten Geschäftsordnung enthaltenen Vorschriften über die Beurkundung des Einganges einer Schrift? Ergibt sich im Einzelfalle daraus, daß diese Ordnungsvorschriften nicht gehörig befolgt sind, die Unwirksamkeit des Eingangsvermerkes?

StrS. B. vom 6. Juni 1919 g. J. T. 3. 19.

Gründe: Auf das die Revisionseinlegung enthaltende Schriftstück hat der Vorsitzende der Strafkammer am 8. April 1919 die Verfügung gesetzt: »Urschr. m. Akten Herrn Ersten Staatsanwalt bei dem Landgericht. . . .« Unmittelbar über dieser Verfügung findet sich der Stempelaufdruck: »Staatsanwaltschaft . . . Eing. d. 10. 4. 1919« ohne weiteren schriftlichen Zusatz. Auf der Urschrift des angefochtenen Urteils selbst ist der mit Unterschrift versehene schriftliche Vermerk angebracht: »Eingeg. 11. 4. 19 Der Erste Staatsanwalt. . . .« Die Revisionsbegründung vom 19. April ist am selben Tage bei Gericht eingegangen. Sie kann nicht als rechtzeitig angesehen werden.

Da der 18. April ein Feiertag (Karfreitag) war, würde die Frist des § 385 StPO. gewahrt sein, wenn die Zustellung des Urteils am 11. April erfolgt wäre. Das Urteil ist aber bereits am 10. April zugestellt. Zustellungen an die Staatsanwaltschaft erfolgen durch Vorlegung der Urschrift des zuzustellenden Schriftstückes (§ 41 StPO). Die Akten und damit auch die Urschrift des angefochtenen Urteils sind ausweislich des Eingangsstempels vom 10. April an diesem Tage bei der Staatsanwaltschaft . . . eingegangen. Der Eingang bei der Behörde als solcher erfüllt den Begriff der Vorlegung, durch welche die Zustellung bewirkt wird; der weiteren Vorlegung an den zuständigen Bearbeiter der Sache zum Zwecke der Erledigung bedarf es dazu nicht. Das ist auch nicht aus dem zweiten Satze des § 41 StPO. zu folgern: »Wenn mit der Zustellung der Lauf einer Frist beginnt, so ist der Tag der Vorlegung von der Staatsanwaltschaft auf der Urschrift zu vermerken.« Damit ist nicht bestimmt, daß eine mit der Zustellung beginnende Frist nur dann laufen kann, wenn der Tag der Vorlegung auf der Urschrift vermerkt ist. Denn dadurch würde der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit gegeben, den Beginn eines solchen Fristlaufes beliebig hinauszuschieben, während der Angeklagte, in dessen Strafsache das Rechtsmittel seitens der Staatsanwaltschaft eingelegt ist, ein Recht darauf hat, daß das weitere

Verfahren ordnungsgemäß und mit tunlichster Beschleunigung erledigt wird. Diesem Belange will gerade die Bestimmung des zweiten Satzes dienen, die nichts anderes als eine Ordnungsvorschrift, eine Anweisung an die Beamten der Staatsanwaltschaft darstellt, den Tag der Zustellung an bestimmter Stelle, nämlich auf der Urschrift selbst, zu vermerken; durch diese gleichmäßige Übung wird eine Nachprüfung und Feststellung des Fristenbeginnes wesentlich erleichtert. Das schließt natürlich nicht aus, daß die Beurkundung auch an anderer Stelle der Akten mit der gleichen Wirkung vorgenommen werden kann. Finden sich, wie im vorliegenden Falle, zwei Vermerke über den Eingang des zuzustellenden Schriftstücks in den Akten, so hat der zeitlich spätere keine Bedeutung, gleichgültig, ob er auf der Urschrift selbst oder an anderer Stelle angebracht ist.

Für die Wirksamkeit des Eingangsvermerks ist es ferner ohne Bedeutung, ob er von dem Ersten Staatsanwalt oder von einem anderen zuständigen Beamten erteilt wird. Nach der Geschäftsordnung für die Sekretariate der Staatsanwaltschaften bei den Landgerichten vom 12. November 1906 JMBl. S. 485) § 5 Ziffer 2 hat Sendungen an die Staatsanwaltschaft, welche offen eingehen, — um eine solche hat es sich hier offenbar gehandelt, — der Sekretär der in der Aufschrift bezeichneten Abteilung, beim Mangel einer solchen Bezeichnung der Obersekretär in Empfang zu nehmen. »Bei der Entgegennahme einer Schrift (Ziffer 4) sind darauf der Zeitpunkt des Einganges und die Zahl der Anlagen anzugeben. Wird der Eingangsvermerk durch Aufdruck eines Stempels hergestellt, so hat der zur Empfangnahme der Sendung zuständige Beamte dem Stempelabdruck sein Namenszeichen beizusetzen.« »Gelangt die Schrift (Ziffer 5) nicht an dem vermerkten Tage an das Sekretariat, so hat dieses einen besonderen Eingangsvermerk zu machen.« Wenn im Einzelfalle diese Ordnungsvorschriften nicht gehörig befolgt sind, so ergibt sich daraus noch nicht die Unwirksamkeit des danach etwa mangelhaften Eingangsvermerkes. So fehlt im vorliegenden Falle allerdings dem durch Aufdruck eines Stempels hergestellten Vermerk das Namenszeichen des zuständigen Beamten. Trotzdem beweist der amtliche Eingangsstempel, dessen Mißbrauch nicht zu unterstellen ist, daß die Akten mit der zuzustellenden Urteilsurschrift am 10. April 1919 bei der Staatsanwaltschaft . . . eingegangen und damit zur Vorlegung im Sinne des § 41 StPO. gelangt sind. An diesem Tage begann der Lauf der Frist für die Anbringung der Revisionsanträge und ihrer Begründung; die Frist erreichte mit dem Ablauf des 17. April ihr Ende. Die Revisionsbegründung vom 19. April ist daher verspätet. Hiernach war gemäß § 389 Abs. 1 StPO. das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen.

StPO. §§ 169, 170. Die Berechtigung zu dem Antrage auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 170 StPO. ist davon abhängig, daß die Beschwerde bei dem vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft wirksam eingelegt war. Dazu gehört, falls die Beschwerde in Vertretung des Antragstellers durch einen Rechtsanwalt angebracht war, daß dieser sich schon bei der Beschwerdeführung durch Beibringung einer Vollmacht innerhalb der Beschwerdefrist als Vertreter des Antragstellers ausgewiesen hat.

StrS. B. vom 4. Juli 1919 z. S. W. 271. 19.

Gründe: Gegen den ablehnenden Bescheid des Ersten Staatsanwalts vom 12. Februar 1919 ist Beschwerde beim Oberstaatsanwalt in einer Eingabe eingelegt worden, die unterschrieben ist »Dr. X. und Dr. Y., Rechtsanwälte durch Dr. Y., Rechtsanwalt«; in dem Eingange wird erklärt,

daß die unterzeichneten Anwälte namens des Antragstellers Dr. R. auf Grund der beigefügten Vollmacht Beschwerde einlegen. Eine Vollmacht hat der Eingabe indes nicht beigelegen. Der Oberstaatsanwalt hat den die Beschwerde zurückweisenden Bescheid an den Antragsteller selbst gerichtet und hiervon den in der Beschwerde als Vertreter des Antragstellers benannten Rechtsanwälten unter Hinweis auf das Fehlen der Vollmacht Mitteilung gemacht. Dieselben Rechtsanwälte haben, nunmehr unter Beifügung einer Vollmacht des Antragstellers, den Antrag auf gerichtliche Entscheidung eingereicht.

Ein solcher Antrag hat ein in §§ 169, 170 StPO. geregeltes Verfahren bei der Staatsanwaltschaft zur Voraussetzung. Danach hat der Antragsteller, wenn er der Verletzte ist, das Recht, gegen den die Strafverfolgung ablehnenden Bescheid binnen zwei Wochen nach der Bekanntmachung die Beschwerde bei dem vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft zu erheben und gegen dessen ablehnenden Bescheid binnen einem Monat nach der Bekanntmachung den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu stellen. Nur der Antragsteller als Verletzter hat diese Rechte, deren Ausübung von seiner Person nur unter der Voraussetzung der ordnungsmäßigen Erteilung einer Vollmacht trennbar ist. Im vorliegenden Falle ist aber die Beschwerde beim Oberstaatsanwalt nicht von dem Antragsteller selbst, sondern von den obengenannten Rechtsanwälten angebracht, ohne daß sie sich als Vertreter des Antragstellers durch Vorlegung einer Vollmacht ausgewiesen haben. Daß die Vollmacht jetzt mit dem Antrage eingereicht ist, ändert an diesem Mangel nichts. Zu der in Betracht kommenden Zeit, nämlich beim Ablauf der vierzehntägigen Beschwerdefrist, lag sie nicht vor. Das Erfordernis des Gesetzes, daß der Antragsteller innerhalb der Frist die Beschwerde erhoben hat, ist somit nicht gewahrt. Darauf aber, daß auf genaue Beobachtung der Erfordernisse des § 170 StPO. in bezug auf Frist und Form gehalten wird, hat der Beschuldigte ein Recht; ein ihn beschwerendes Unrecht würde darin liegen, wenn eine Beschwerde, die von einem Dritten oder, was dem gleichsteht, von einem nicht als Vertreter des Antragstellers ausgewiesenen Rechtsanwalt eingereicht ist, trotzdem als vom Antragsteller erhoben behandelt würde. (Beschluß des KG. vom 16. Januar 1912, Goltd. Arch. Bd. 59 S. 477). Der Bescheid, den der Oberstaatsanwalt dem Antragsteller erteilt hat, kann, da eine ordnungsmäßige Beschwerde im Sinne des § 170 a. a. O. nicht erhoben war, sonach nicht die Wirkung haben, daß gegen ihn der Antrag auf gerichtliche Entscheidung statthaft ist. Vielmehr handelt es sich dabei nur um einen Bescheid, der im Aufsichtswege durch Beschwerde bei dem Justizminister angefochten werden kann.

Hiernach ist der vorliegende Antrag als unzulässig zu verwerfen, ohne daß auf seine Begründung einzugehen war.

StPO. §§ 346, 347. Auslieferungsvertrag zwischen dem Deutschen Reich und den Königreichen Schweden und Norwegen v. 19. Januar 1878 Art. 13 (RGBl. 110). Unterliegt die in einer Strafsache von dem Vorsitzenden der erkennenden Strafkammer erlassene Verfügung, wonach die Anberaumung eines neuen Hauptverhandlungstermins für die Dauer des Krieges mit der Begründung abgelehnt wird, daß bei den durch den Krieg bedingten Verkehrsschwierigkeiten mit einem Erscheinen der vor dem Prozeßgericht zu vernehmenden ausländischen Zeugen nicht gerechnet werden könne, einer Anfechtung? Ist dagegen die Prozeßbeschwerde zulässig?



StrS. B. v. 20. September 1918 g. L. W. 460. 18.

Gründe: In der vorliegenden Strafsache hatte die erkennende Strafkammer im Hauptverhandlungstermin am 4. Dezember 1917 beschlossen, behufs Erhebung der von dem Verteidiger beantragten Beweise die Verhaudlung auszusetzen und die ausländischen Zeugen kommissarisch vernehmen zu lassen.

Durch Beschluß v. 3. Juni 1918 hat die Strafkammer den Beschluß v. 4. Dezember 1917 insoweit, als danach die ausländischen Zeugen im Auslande durch ersuchte Richter vernommen werden sollen, aufgehoben und ihre Vernehmung vor dem Prozeßgericht angeordnet.

Am gleichen Tage hat der Vorsitzende der erkennenden Strafkammer eine Verfügung des Inhalts erlassen, die Anberaumung eines neuen Hauptverhandlungstermins werde für die Dauer des Krieges abgelehnt. Bei den durch den Krieg bedingten Verkehrsschwierigkeiten könne mit einem Erscheinen der ausländischen Zeugen nicht gerechnet werden; es sei deshalb mit größter Wahrscheinlichkeit zu erwarten, daß ein während des Krieges stattfindender Hauptverhandlungstermin wieder der Vertagung unterliegen werde. Der Art. 13 des zwischen Deutschland und Schweden und Norwegen abgeschlossenen Auslieferungsvertrages v. 19. Januar 1878 betreffe nur Fälle, in denen eine Auslieferung stattgefunden habe.

Gegen vorstehende Verfügung des Vorsitzenden richtet sich die Beschwerde der Kgl. Staatsanwaltschaft, mit der beantragt wird,

die Anberaumung eines Hauptverhandlungstermins anzuordnen.

Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, es sei nicht zu erkennen, ob allen oder einigen Zeugen die Verkehrsschwierigkeiten der Kriegszeit wirklich derart entgegenständen, daß sie, wenn sie überhaupt einer Ladung folgen wollten, dies nicht auch während des Krieges tun würden.

Der Oberstaatsanwalt ist der von ihm für zulässig und sachlich begründet erachteten Beschwerde beigetreten.

Dem Rechtsmittel war stattzugeben.

Die Beschwerde erscheint zulässig. Die vorliegende Ablehnung der Terminsanberaumung während der Dauer des gegenwärtigen Krieges ist keine Maßnahme aus Gründen der Geschäftslage des Gerichts oder anderer den inneren Dienst angehender Umstände, welche — als die Oberaufsicht und Disziplin über die Gerichte betreffend — einer der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Beschwerde im Dienstaufsichtswege unterliegen würde. Vielmehr handelt es sich um eine prozessuale Entscheidung aus Gründen, die in dem vorliegenden Straffall selbst liegen und aus seiner Eigenart hergeleitet werden. Für solche Fälle ist jedoch nicht die Aufsichtsbeschwerde, sondern grundsätzlich die Prozeßbeschwerde an das im Instanzenzuge übergeordnete Gericht gegeben (vgl. hierzu Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung III. Buch, 3. Abschn. Vorbem. VI).

Nach § 346 Abs. 1 StPO. war somit nur noch zu prüfen, ob die angegriffene Verfügung durch das Gesetz einer Anfechtung ausdrücklich entzogen ist. Der Staatsanwaltschaft ist darin beizupflichten, daß eine solche Ausnahmebestimmung nicht besteht, daß insbesondere der § 347 StPO. auf den hier zur Entscheidung stehenden Fall nicht anwendbar ist. Der § 347 StPO. betrifft, wie der Senat mit der herrschenden Meinung annimmt, nicht unterschiedslos alle zeitlich der Urteilsfällung vorausgehenden Entscheidungen der erkennenden Gerichte und ihrer Vorsitzenden, sondern sinngemäß nur diejenigen, welche in einem inneren Zusammenhange mit

der demnächst durch das Rechtsmittel der Berufung oder Revision angreifbaren Urteilsfällung stehen.

Hier handelt es sich aber nicht um die Frage, ob die demnächstige Urteilsfällung ohne unmittelbare Anhörung bestimmter Zeugen möglich ist oder nicht, eine Frage, welche in dem Beschlusse der Strafkammer v. 3. Juni 1918 vorläufig unanfechtbar entschieden ist, sondern darum, ob eine Hauptverhandlung unter Zuziehung dieser zumeist im Auslande wohnhaften Zeugen zurzeit durchführbar ist. Diese von dem Strafkammervorsitzenden in der angefochtenen Verfügung getroffene Entscheidung steht nicht in einem inneren, sachlichen Zusammenhange mit der Urteilsfällung und unterliegt deshalb der Beschwerde gemäß § 346 StPO.

Die Beschwerde mußte aber auch sachlich für gerechtfertigt erachtet werden. Zurzeit liegen keinerlei Tatumstände vor, welche ergeben könnten, daß die Zeugen einer Ladung zum Hauptverhandlungstermin nicht nachkommen, sich dem Erscheinen vor Gericht absichtlich entziehen werden. Auch ist der Beschwerdeführerin zuzugeben, daß solche Umstände eine Hinausschiebung der Terminsanberaumung gerade bis zum Kriegsende schwerlich rechtfertigen könnten, es sei denn, daß die Annahme begründet wäre, daß die Zeugen bei Kriegsende anderen Sinnes werden würden. Auch eine Unmöglichkeit für die in Dänemark und Schweden wohnenden Zeugen, zurzeit einer Terminsladung nachzukommen, ist weder in der Verfügung dargetan noch sonst ersichtlich. Insbesondere ist die Annahme des Vorsitzenden hinfällig, die im Art. 13 des Auslieferungsvertrages v. 19. Januar 1878 vorgesehenen Erleichterungen seien auf solche Strafverfahren beschränkt, in denen eine Auslieferung der Beschuldigten stattgefunden habe.

Die in der angefochtenen Verfügung ausgesprochenen Ablehnung der Terminsanberaumung ist nach alledem ungerechtfertigt und war aufzuheben.

StGB. § 360 Nr. 8. Unbefugtes Annehmen des Doktortitels durch den Inhaber eines ausländischen Doktortitels.

StrS. U. v. 18. Oktober 1918 g. G. S. 817. 18.

Gründe: Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, wonach sich der Inhaber eines ausländischen Doktortitels, dessen Umfang und innerer wissenschaftlicher Wert dem deutschen Doktortitel nicht entspricht, auch nicht der für den deutschen Titel üblichen Abkürzungen bedienen darf, ohne sich im Sinne des § 360 Ziff. 8 StGB. strafbar zu machen, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Sie entspricht der geltenden Rechtsprechung und der Meinung der Rechtslehrer (vgl. insbesondere auch die Entscheidungen des Kammergerichts v. 2. Februar 1893, Goltd. Arch. **40** 347, und des Oberlandesgerichts Breslau v. 20. November 1894, ebenda **42** 421).

Daß in diesem Sinne der Tatbestand des genannten Strafgesetzes in objektiver wie in subjektiver Hinsicht hier gegeben ist, hat das Landgericht ohne Rechtsirrtum festgestellt.

Hiernach konnte die Revision des Angeklagten keinen Erfolg haben.

StGB. § 263. Zur Auslegung dieser strafgesetzlichen Bestimmung, insbesondere soweit die Begriffe des Vermögensvorteils und der Vermögensbeschädigung in Betracht kommen. Kann durch unrechtmäßige Beschaffung und Benutzung von Lebensmittelkarten, wie sie in Kriegsgesetzen vorgesehen sind, ein Betrug im Sinne des § 263 StGB. begangen

werden. Wie weit erstreckt sich der Begriff des Vermögens im Sinne dieses Paragraphen?

StrS. U. v. 8. November 1918 g. F. S. 598. 18.

Aus den Gründen: Nach den Feststellungen des Landgerichts hat die Angeklagte ihren von C. nach H. übergesiedelten Sohn nicht zur Abmeldung gebracht, vielmehr im November und Dezember 1917 weiter für ihn in C. Brotkarten bezogen und darauf Brot entnommen, obwohl ihr Sohn, wie sie wußte, auch in H. Brotkarten und Brot erhielt.

Das Landgericht hat die Angeklagte freigesprochen, weil die in dem amtsrichterlichen Strafbefehl angezogene Anordnung des Kreisausschusses in F. v. 6. März 1915 zwar im § 3 für die Abgabe von Brot und Mehl gewisse Vorschriften aufstelle, den von der Angeklagten verwirklichten Tatbestand aber nirgends treffe oder unter Strafe stelle, und weil andererseits »nach der Ansicht des Berufungsgerichts das Verhalten der Angeklagten auch nicht die Merkmale des § 263 StGB. erfüllt«.

Der Revision der Staatsanwaltschaft ist stattgegeben worden....

Auf welchen rechtlichen Erwägungen weiterhin die Ansicht des Berufungsgerichts beruht, es liege ein Fall des § 263 StGB. nicht vor, ist aus den Urteilsgründen nicht zu entnehmen. Da grundsätzliche Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Betrugsparagraphen auf derartige Tatbestände nicht begründet erscheinen, gibt das Urteil zu der Vermutung Anlaß, daß die Vorentscheidung insoweit auf Rechtsirrtum beruht. Daß durch unrechtmäßige Beschaffung und Benutzung von Lebensmittelkarten ein Betrug im Sinne des § 263 StGB. begangen werden kann, ist nach der Ansicht des Revisionsgerichts nicht zu bezweifeln.

Die bisherige Auslegung des § 263 StGB., insbesondere soweit die Begriffe des Vermögensvorteils und der Vermögensbeschädigung in Betracht kommen, fußt naturgemäß ausschließlich auf denjenigen wirtschaftlichen Zuständen, welche vor dem Kriege bestanden haben. Wenn es sich darum handelt, das Verbotsgesetz des § 263 StGB. der jetzt herrschenden Wirtschafts- und Lebenslage anzupassen, können demzufolge die bisherigen Gesichtspunkte allein nicht den Ausschlag geben.

Wenn im Volke auch derjenige, der sich durch unrechtmäßige Beschaffung und schwindelhafte Benutzung von Lebensmittelkarten mehr Lebensmittel verschafft, als ihm gesetzlich zukommt, allgemein als Betrüger angesehen und bezeichnet wird, so liegt dem die richtige Empfindung zugrunde, daß letzten Endes durch sein Tun das durch § 263 StGB. geschützte Vermögen der Staatsbürger betroffen wird. Zum Vermögen im Sinne des § 263 StGB. gehört anerkanntermaßen auch jedes Einkommen, das heißt alles nur vorübergehend zur Bestreitung des Lebensunterhalts Erworbene, selbst der Groschen, den der sonst vermögenslose Landstreicher eben erarbeitete oder erbettelte, um sein dringendes Hungerbedürfnis stillen zu können. In diesem Sinne erschöpft sich der Zweck der die Vermögensdelikte betreffenden Strafdrohungen nicht in dem Schutze des begüterten Einzelnen, sondern erweitert sich dahin, daß diese Strafgesetze auch der Sicherstellung der notwendigen Lebensbedingungen für die Gesamtbevölkerung zu dienen haben. Die Strafdrohung des § 263 StGB. gewährleistet, daß dem einzelnen dasjenige, was er an Sachgütern und Rechten zur Befriedigung der Lebensbedürfnisse für sich und die Seinigen erwirbt oder besitzt, nicht durch betrügerisches Handeln anderer geschmälert wird. Solche Vermögensrechte werden aber durch Handlungen, wie sie hier in Frage stehen, in der Tat geschädigt und gefährdet.

Das Vermögen des einzelnen ist ein Teil des Volks-, des Nationalvermögens. Vor dem Kriege war für keine der das Vermögen ausmachenden Sacharten die gleichmäßige Verteilung unter die Bevölkerung vorgeschrieben. Welchen Anteil der einzelne an den Nationalgütern erwerben wollte, stand ihm im Rahmen seiner Kauf- und Produktionsfähigkeit frei. Gegenwärtig ist derjenige Teil des Nationalvermögens, der der Befriedigung der notwendigsten Bedürfnisse dient, dem freien Verkehr entzogen, beschlagnahmt und gesetzlich zur gleichmäßigen Verteilung an alle Volksgenossen bestimmt. Bei dieser Verteilung wird entsprechend ihrem Grundgedanken in der Regel von der Gesamtheit den einzelnen Kommunalverbänden ein der Kopfzahl ihrer Mitglieder entsprechender Anteil an dem betreffenden Vorrat von Nationalgütern zugewiesen, nicht zu freiem Eigentum, sondern zur Weitergabe an die einzelnen, die Verbraucher. Die so dem einzelnen Kommunalverbande zugewiesene Warenmenge wird also wirtschaftlich bereits als im Miteigentum der Verbandsmitglieder zu gleichen Anteilen stehend anzusehen sein. Sie soll — gegen Erlegung des zurzeit keine wesentliche Rolle spielenden Preises — jedem Mitglied in derjenigen Teilmenge zugute kommen, die sich bei einer Teilung der Gesamtmenge durch die Kopfzahl ergibt.

Diese verhältnismäßige Beteiligung des einzelnen an den vorhandenen Lebensmittelmengen, dieses allgemeine Anrecht des einzelnen auf seine — unbestimmt wie hohe, jedenfalls aber derjenigen der anderen gleiche — Ration soll ersetzen und ersetzt tatsächlich die durch die Kriegsgesetze ihm genommene freie Verwertbarkeit seines Vermögens zum Einkauf der notwendigen Lebensbedürfnisse. Es ist also ein besonders wichtiges Vermögensrecht. Es wird geschädigt, jedenfalls gefährdet, wenn mehr Personen als angeblich Berechtigte auftreten, mehr Teile gelegt werden, als dies bei der Zuweisung der Gütermengen an den Kommunalverband vorgesehen war.

Aber auch die Frage, ob derjenige, der gegen Bezahlung des vollen Preises auf ihm nicht zustehende Karten Lebensmittel entnimmt, gleichwohl einen rechtswidrigen Vermögensvorteil erstrebt, ist zu bejahen.

Bezogen auf das in Zahlungsmitteln bestehende Vermögen bedeutet und bewirkt die Rationierung, daß der einzelne jedesmal nur mit einem beschränkten Teile seiner Zahlungsmittel Mengen des fraglichen Lebensmittels erwerben kann, daß nur dieser beschränkte Teil seiner Zahlungsmitel insoweit den vollen früheren wirtschaftlichen Tauschwert besitzen soll. Wer sich ihm nicht zukommender Lebensmittelkarten außer den seinigen bedient, will noch einem weiteren Teile seiner Zahlungsmittel unberechtigterweise diesen höheren wirtschaftlichen Wert zurückerwerben, also einen rechtswidrigen Vermögensvorteil erlangen.

Unter Zugrundelegung vorstehender Grundsätze wird das Landgericht den Sachverhalt erneut in objektiver und subjektiver Hinsicht zu prüfen haben.

Preußisches Gesetz über die Reinigung öffentlicher Wege v. 1. Juli 1912 (GS. 187) § 6. Ortssatzung über die polizeimäßige Reinigung der öffentlichen Wege in der Stadt Emden v. 26. Oktober 1917 § 1 Abs. 5. Macht in dem Falle, daß nach der Vorschrift einer Ortssatzung über die polizeimäßige Reinigung der öffentlichen Wege in einer Stadt die Übernahme der Verpflichtung zur Reinigung der an die Grundstücke grenzenden Wege durch einen andern als durch den sonst dazu verpflichteten Grundstückseigentümer der Behörde gegenüber zu erklären

ist oder deren Genehmigung bedarf, der Grundstückseigentümer sich schon durch die Nichtanzeige von der Übernahme der Reinigungspflicht seitens des andern strafbar? Begründet die Übertragung der Reinigungspflicht an einen andern ohne Zustimmung der Behörde von selbst das Verschulden des Grundstückseigentümers in denjenigen Fällen, in denen eine Reinigung der Straße unterblieben ist, oder kommt es bei Unterlassung der Straßenreinigung für die Strafbarkeit des Grundstückseigentümers auf das festzustellende Verschulden desselben an?

StrS. U. v. 12. November 1918 g. A. S. 909. 18.

Gründe: Die Rüge der Revision, daß der Abs. 5 des § 1 der Ortssatzung über die polizeimäßige Reinigung der öffentlichen Wege in der Stadt Emden v. 26. Oktober 1917 verletzt sei, ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Schöffengericht ausgeführt, daß nach der bezeichneten Vorschrift die Übernahme der Verpflichtung zur Reinigung der an die Grundstücke grenzenden Wege durch einen andern als durch den sonst dazu verpflichteten Grundstückseigentümer dem Magistrat gegenüber schriftlich zu erklären sei und dessen Genehmigung bedürfe. Damit hat das Landgericht den Inhalt des Abs. 5 a. a. O. richtig wiedergegeben. Ob die Vorschrift der Gültigkeit deshalb entbehrt, weil sie im Widerspruch mit § 6 des Gesetzes über die Reinigung öffentlicher Wege v. 1. Juli 1912 statt der Polizeibehörde den Magistrat als diejenige Stelle bezeichnet, der die Erklärung abzugeben und von der die Genehmigung zu erteilen sei, kann hier dahingestellt bleiben. Denn der Berufungsrichter hat weiter zutreffend angenommen, daß der Angeklagte sich durch die Nichtanzeige von der Übernahme der Reinigungspflicht seitens seines Mieters keinesfalls strafbar gemacht habe. Offenbar meint die Revision, daß die Übertragung der Reinigungspflicht an den Mieter ohne Zustimmung der Behörde das Verschulden des Angeklagten in denjenigen Fällen, in denen eine Reinigung der Straße unterblieben ist, von selbst begründe. Dem kann indes nicht beigetreten werden. Eine solche Vereinbarung zwischen Grundstückseigentümer und Mieter hat nur nicht die Wirkung einer mit Zustimmung der Behörde erfolgten Übernahme der Reinigungspflicht. Durch sie wird also der Grundstückseigentümer von seiner eigenen Verpflichtung nicht entbunden; er bleibt verantwortlich und kann bestraft werden, wenn der andere die Straßenreinigung nicht wahrgenommen und er selbst durch die Auswahl einer ungeeigneten Person oder durch unzureichende Beaufsichtigung oder durch ein sonstiges Verhalten die Unterlassung der Straßenreinigung verschuldet hat. Die vertragliche Übernahme der Reinigungspflicht durch den Mieter des Grundstücks ohne behördliche Zustimmung hat die gleiche rechtliche Bedeutung wie die ohne solche Zustimmung erfolgte Übernahme durch irgendeinen beliebigen Dritten, einen Arbeiter, einen Dienstboten oder eine Reinigungsgesellschaft. Auch in diesen Fällen wird der Grundstückseigentümer durch die Übernahme der Straßenreinigungspflicht von seiner strafrechtlichen Verantwortung nicht befreit, er hat für die Straßenreinigung zu sorgen und ist strafbar, wenn er bei der Erfüllung seiner Verpflichtung vorsätzlich oder fahrlässig fehlt. Es kommt also in allen Fällen immer auf das Verschulden des Grundstückseigentümers an, das der Tatrichter zu prüfen hat.

Vorliegend hat die Strafkammer das Verschulden des Angeklagten verneint; ein Rechtsirrtum ist dabei nicht vorgekommen.

